Die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts für die Schulden des Veräusserers nach früherem und jetzigem Rechte.

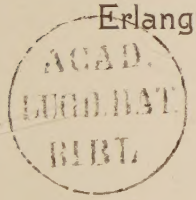
Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Landes-Universität zu Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde



vorgelegt von

Adolf Ihde

Referendar in Lübeck.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei.

1903.

MEINEN LIEBEN ELTERN

IN DANKBARKEIT

GEWIDMET.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549203_0058

Litteraturverzeichnis.

1. Adler, Passivenübergang bei Übernahme eines Handelsgeschäfts. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 3 S. 1 ff.
2. Anonymus, Über die Rechtsverhältnisse der unter einer Firma betriebenen Handlung. Elvers' Themis Bd. 1 S. 498 ff.
3. Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar zum Allg. Dtsch. HGB. 1868.
4. Bähr, Über die sog. Verträge zu Gunsten Dritter. Jhering's Jahrb. Bd. 6 S. 131 ff.
5. Bähr, Urteile des RG. mit Besprechungen. 1883.
6. Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. 1886.
7. Behrend, Über die Haftung des Firmenerwerbers für die vor seiner Geschäftsübernahme unter dem Namen der Firma kontrahierten Passiva. Ztschr. für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen. Bd. 4 S. 429 ff.
8. Bekker, Zweckvermögen, insbesondere Pekulium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaft. Ztschr. für das gesamte Handelsrecht. Bd. 4 S. 499 ff.

8a. Binder, Die Rechtsstellung des Erben.

9. v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung. 1895.
10. v. Blume, Beiträge zur Auslegung des dtsch. BGB. Jhering's Jahrb. Bd. 39 S. 390 ff.
11. v. Blume, Zur Schuldübernahmefrage. Jhering's Jahrb. Bd. 40 S. 109 ff.
12. Bolte, Der § 27 des neuen HGB. Ztschr. f. d. ges. HR. Bd. 51 S. 413 ff.
13. Busch, Gehen, abgesehen von dem Übergange eines Handelsetablissements durch Universalsuccession, bei dem Erwerbe eines solchen die Aktiven und Passiven desselben, dafern nichts anderes verabredet ist, auf den Erwerber über? Busch's Archiv Bd. 1 S. 25 ff.
14. Cohn, Die Neuerungen des materiellen Firmenrechts nach dem künftigen HGB. Gruchot's Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts. 6. Folge, 2. Jahrg. 1898 S. 46 ff.
15. Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts 1899.
16. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. 1900.
17. Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1902.
18. Denkschrift zum Entwurf eines HGB.
19. Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preuss. Recht. 1853.
20. Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. 1900.
21. Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des deutschen Reichs.

22. Dernburg, Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. 1902.
23. Düringer und Hachenberg, Das HGB. vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des BGB. 1899.
24. Endemann, F., Einführung in das Studium des BGB. 3. und 4. Aufl. 1898.
25. Endemann, W., Das deutsche Handelsrecht. 4. Aufl. 1898.
26. Endemann, W., Handelsrecht, in Holtzendorff's Encyklopädie.
27. Enneccerus und H. O. Lehmann, Das Bürgerliche Recht. 1900.
28. Entscheidungen des RG. in Civilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.
29. Entscheidungen des ROHG. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.
30. Entwurf eines HGB. für die preuss. Staaten, nebst Motiven. 1857.
31. Ehrenberg, Über das Wesen der Firma. Ztschr. f. d. ges. HR. Bd. 28 S. 25 ff.
32. Fischer und Henle, BGB. Handausgabe. 3. Aufl. 1899.
33. Fluhme, Die Theorien der Passivsuccession. Erlanger Diss. 1896.
34. Förster, Preussisches Privatrecht. 6. Aufl., bearb. von Eccius.
35. Fürst, Die Fortführung der Firma bei dem Erwerbe eines bestehenden Handelsgeschäfts. Strassb. Diss. 1897.
36. Gareis, Die Verträge zu Gunsten Dritter. 1873.

37. Gareis und Fuchsberger, Das Allgem. deutsche HGB. 1881.

38. Gerber, System des deutschen Privatrechts.

38a. Goldmann, Kommentar zum HGB.

39. Gürgens, Die Singularsuccession in die Schuld. Jherings Jahrb. Bd. 8 S. 221 ff

40. v. Hahn, Kommentar z. Allg. D. HGB. 1867.

41. Hassenpflug, Eine unter einer Firma betriebene Handlung ist als das Rechtssubjekt hinsichtlich aller aus Handlungsgeschäften entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen. Elvers' Themis. Bd. 1 S. 59 ff.

42. Heinsen, Gutachten z. d. Verhandlungen des XIV. dtsch. Juristentages. Bd. 1 Heft 2.

43. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

44. Hoffmann, Ist der Gläubiger eines Einzelkaufmanns oder einer offenen Handelsgesellschaft ohne Weiteres berechtigt, sich an denjenigen, welcher das Handelsgeschäft des Schuldners unter Beibehaltung der Firma unternommen hat, zu halten. Gruchot's Beitr. z. Erläuterg. des preuss. Rechts, des Handels- und Wechselrechts. 11. Jahrg. S. 258 ff.

45. Kipp, Zur Lehre von der Schuldübernahme. Jherings Jahrb. Bd. 36 S. 336 ff.

46. Kräwel, Beantwortung der Frage: „Inwieweit haftet der Übernehmer einer Handelsfirma für die Handelsschulden des früheren Inhabers nach den Vorschriften des ADHGB.?" und Vorschläge

zur gesetzlichen Regelung dieser Frage. Busch's Archiv. Bd. 12 S. 48 ff.

47. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 1898.
48. Kuntze, Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts 1856.
49. Ladenburg, Haftet der Übernehmer eines bestehenden Handelsgeschäftes in seiner Gesamtheit, d. h. mit allen Aktiven und Passiven, für die Schulden desselben, auch den Gläubigern gegenüber? Ztschr. f. d. ges. HR. Bd. 30 S. 90 ff.
50. Ladenburg, Rechtsfolgen der Übernahme eines bestehenden Handelsgeschäfts. Busch's Archiv Bd. 34 S. 25 ff.
51. Ladenburg, Die Übernahme eines bestehenden Handelsgeschäfts mit Aktiven und Passiven. Busch's Archiv Bd. 36 S. 81 ff.
52. Ladenburg, Rechtsfolgen der Übernahme eines bestehenden Handelsgeschäfts. Busch's Archiv Bd. 40 S. 49 ff.
53. Lehmann, H. O., Handels-, See- und Wechselrecht in Birkmeyer's Encyklopädie.
54. K. Lehmann und Ring, Das HGB. 1899.
55. Litthauer, Allg. dtsch. HGB. 1897.
56. Loersch, Code civil. 3. Aufl. 1893.
57. Loewenthal, Das Firmenrecht nach dem neuen HGB. Erlanger Diss. 1899.
58. Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines ADHGB. 1858.
59. Makower, Das ADHGB. mit Kommentar, 2. Aufl. 1865.

60. Makower, Das HGB. mit Kommentar. 12. Aufl., bearb. v. F. Makower 1901.
61. Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.
62. Mommsen, Die Haftung des Firmenübernehmers für die Firmenschulden und die Behandlung dieser Kontroverse Seitens des Leipziger OHG. Busch's Archiv Bd. 32 S. 201 ff.
63. Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das dtsch Reich. Amtl. Ausg. 1888.
64. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
65. Opet, Beiträge zum Firmenrecht Ztschr. f. d. ges. HR. Bd. 49 S. 51 ff.
66. Petersen, CPO. 1899.
67. Planck, BGB. 1900.
68. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB. 1897.
69. Puchelt, Kommentar zum ADHGB. 1876.
70. Regelsberger, in Endemanns Handb. des deutschen Handels-, Wechsel- und Seerechts. Bd. 2 S. 83 ff.
71. Regelsberger, Über die Haftung des Firmenerwerbers für die unter der Firma von einem früheren Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten Ztschr. f. d. ges. HR. Bd. 14 S. 1 ff.
72. Regelsberger, Die Schuldübernahme und die §§ 414—416 des BGB. Jherings Jahrb. Bd. 39 S. 465 ff.
73. Riesser, Zur Revision des HGB. 1887.
74. Rivière, Code de commerce. 1902.

75. Rünger, Haben der Erwerb und die Fortführung einer Firma den Übergang der Schulden und Forderungen zur Folge? Greifsw. Diss. 1881.
76. v. Salpius, Novation und Delegation nach röm. Recht. 1864.
77. Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
78. Schulte, Über die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts für die vor dem Erwerb entstandenen Geschäftsschulden. Freib. Diss.
79. Seligstein, Die Haftung des Übernehmers eines Handelsgeschäfts für die vor der Übernahme entstandenen Handelsschulden. Götting. Diss. 1892.
80. Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. 1873.
81. Simon, Über die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die vor Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden. Zeitschrift für das gesamte HR. Bd. 24 S. 91 ff.
82. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
83. Staub, Kommentar zum Allg. dtsch. HGB. 2. Aufl. 1894.
84. Staub, Kommentar zum HGB. 6. u. 7. Aufl. 1900.
85. Stobbe, Deutsches Privatrecht. 1882.
86. Struckmann und Koch, Die CPO. für das deutsche Reich. 7. Aufl. 1901.
87. Sydow und Busch, CPO. 1898.
88. Thöl, Das Handelsrecht in Verbindung mit dem ADHGB. 4. Aufl. 1862.

89. Thöl, Praxis des Handelsrechts und Wechselrechts. Bd. 1 S. 1 ff.
90. Unger, Schuldübernahme. 1889.
91. v. Völderndorff, in Endemanns Handbuch. Bd. 1 S. 131 ff.
92. Weyl, Vorträge über das BGB. 1898.
93. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl., bearb. von Kipp. 1900.
94. Windscheid, Die Actio des röm. Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts. 1856.
95. Windscheid, Die Singularsuccession in Obligationen. Krit. Überschau. Bd. 1 S. 27 ff.
96. Wolff, § 344 Abs. 2 des HGB. und seine Tragweite, insbes. bei der Veräusserung des Handelsgesch. Zeitschr. für das gesamte HR. Bd. 47 S. 247 ff.
97. Wulff, Ist der Übergang der Firma ohne Übergang der Geschäftsschulden des bisherigen Firmeninhabers nach Hamb. Recht zulässig? Hanseatische Gerichtszeitung. 18. Jahrg. S. 301 ff.
98. Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des frz. Civilrechts. 6. Aufl. von Anschütz. 1853.
99. Zimmermann, Über die Haftung des Übernehmers eines Handelsgeschäfts mit der Handelsfirma für die von dem früheren Inhaber der Firma eingegangenen Schulden. Siebenhaar's Archiv. Neue Folge. 6. Bd. S. 23 ff.

Plan der Arbeit.

Einleitung.

a) Die Aufgabe.

b) Begriff der „Geschäftsschulden."

Erster Abschnitt.

Die Frage im früheren Recht.

I. Die Haftung kraft Gesetzes. — Folgt die Haftung:

A. Aus der rechtlichen Natur des Geschäfts oder aus einer positiven Vorschrift des ADHGB?

1. Haftet der Erwerber auf Grund der Tatsache des Geschäftserwerbs?

a) Wegen der juristischen Persönlichkeit des Geschäfts?

b) Wegen der Natur des Geschäfts als abhängiges Zweckvermögen?

c) Weil „Geschäft" identisch mit „Geschäftsvermögen"?

d) Infolge analoger Anwendung des Art. 113 ADHGB.?

2. Haftet der Erwerber, wenn er das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt?

a) Wegen der juristischen oder quasi-juristischen Persönlichkeit der Firma?
b) Wegen der Natur der Firma als „kaufmännische Persönlichkeit“?
c) Auf Grund des Art. 23 ADHGB?

B. Aus einer Norm des Handelsgewohnheitsrechts?

C. Aus einer Norm des bürgerlichen Rechts?

II. Die Haftung kraft besonderen Verpflichtungsgrundes.

A. Nach bürgerlichem Recht, auf Grund eines Vertrages:

1. Zwischen Gläubiger und Erwerber.
a) Bürgschaft.
b) constitutum debiti alieni.
c) Privative Schuldübernahme.
2. Zwischen Veräusserer und Erwerber.
a) Erfüllungsübernahme.
b) Vertrag zu Gunsten Dritter.
c) Privative Schuldübernahme.
α. Bedürfnis im praktischen Leben.
β. Begriff der Singularsuccession in die Schuld.
γ. Delbrücks Theorie.
δ. Theorien der Passivsuccession.

B. Nach Handelsrecht, auf Grund der Bekanntmachung des Passivenübergangs in handelsüblicher Weise.

1. Rechtsgrund der Haftung.
2. Art und Umfang der Haftung.

3. Ist in der Fortführung der bisherigen Firma eine stillschweigende Bekanntmachung dieses Inhalts zu erblicken?

Anhang: Rückblick.

Zweiter Abschnitt.

Die Frage im jetzigen Recht.

I. Die Haftung kraft Gesetzes.

A. Nach dem Handelsgesetzbuch (§ 25 Absatz 1 und 2.).

1. Der Tatbestand des § 25 Abs. 1.
2. Die Rechtsfolge, Art und Umfang der Haftung.
3. Ausschluss der Haftung.

B. Nach dem BGB. (§ 419)

1. Der Tatbestand des § 419.
2. Die Rechtsfolge.

II. Die Haftung kraft besonderen Verpflichtungsgrundes.

A. Nach dem BGB., auf Grund eines Vertrages:

1. Zwischen Gläubiger und Erwerber.
   a) Bürgschaft.
   b) Kumulative Schuldübernahme.
   c) Privative Schuldübernahme.
2. Zwischen Veräusserer und Erwerber.
   a) Erfüllungsübernahme.
   b) Versprechen der Leistung an Dritte.
   c) Privative Schuldübernahme.

B. Nach dem HGB., auf Grund der Bekanntmachung des Passivenüberganges in handelsüblicher Weise (§ 25 Abs. 3.).

1. Der Tatbestand des § 25 Abs. 3.
2. Die Rechtsfolge, Art und Umfang der Haftung.

Einleitung.

a) Die Frage, welche den Gegenstand dieser Arbeit bilden soll, war vor dem Inkrafttreten des neuen HGB. eine viel umstrittene. Bei der hervorragend praktischen Bedeutung, die sie für den Handelsverkehr hat, ist es von dem grössten Interesse, dass sie von der Judikatur einheitlich entschieden werde. Dies ist denn auch durch die Rechtsprechung des vormaligen ROHG. und des RG. geschehen.

Bei der Erörterung der Frage nach dem Übergang der Schulden des Inhabers eines Handelsgeschäfts infolge eines Erwerbs unter Lebenden ist wohl zu unterscheiden zwischen dem subjektiven und dem objektiven Übergang. Ersterer bedeutet die unter den Parteien vereinbarte Übernahme der Schulden, unter letzterem versteht man die Haftung des Erwerbers gegenüber den Gläubigern.

Was den subjektiven Übergang anlangt, so ist hierfür einzig und allein der zwischen den Kontrahenten geschlossene Vertrag massgebend. Nur darüber sind die Ansichten geteilt, ob im Zweifel anzunehmen ist, dass die Vertragschliessenden den Übergang gewollt haben. Eine solche Präsumtion ist m. E. unbegründet. Der Richter wird aus den

sonstigen Vertragsbedingungen den Willen der Parteien ermitteln müssen, und zwar ist bei der Auslegung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.[1] Insbesondere wird wohl die Höhe des Kaufpreises in vielen Fällen einen sicheren Schluss gestatten. Übrigens wird es in der Praxis selten vorkommen, dass die Parteien über einen Punkt von dieser Wichtigkeit keine ausdrückliche Bestimmung getroffen haben.

Unsere Aufgabe beschränkt sich darauf zu untersuchen, wann der Erwerber den Gläubigern für die Schulden des bisherigen Inhabers haftet. Diese Haftung ist ganz unabhängig von dem subjektiven Übergang der Schulden.

Der Erwerb eines Handelsgeschäftes ist in vierfacher Weise möglich:

1. Ein Einzelkaufmann erwirbt das Geschäft eines Einzelkaufmanns.
2. Eine Handelsgesellschaft erwirbt das Geschäft eines Einzelkaufmanns.
3. Ein Einzelkaufmann erwirbt das Geschäft einer Handelsgesellschaft.
4. Eine Handelsgesellschaft erwirbt das Geschäft einer Handelsgesellschaft.

Wir werden unserer Untersuchung den unter 1 bezeichneten Fall als Normalfall zu grunde legen und etwaige Abweichungen, die sich für die übrigen Fälle ergeben, an geeigneter Stelle erwähnen.

1) § 133 BGB., cf. Art. 278 ADHGB.

Das ADHGB. enhielt keine Vorschrift, welche die Haftung des Erwerbers regelte. Über diese seltsame Tatsache, dass das GB. an einer Frage, die so tief in die Verhältnisse des Handelsstandes einschneidet, mit Stillschweigen vorübergeht, geben die Protokolle der Nürnberger Kommission Aufschluss. Nach längerer Beratung wurde nämlich davon Abstand genommen, eine Bestimmung hierüber in das Gesetz aufzunehmen, und zwar in der Erwägung, dass „keiner der vorgeschlagenen Rechts„sätze Anspruch auf Anerkennung als allgemein „zutreffende Regel habe, dass vielmehr die Über„nahme von Handelsgeschäften in den verschiedensten „Abwechselungen vorkommen und dass jedenfalls „auch die Rücksicht hierauf, sowie auf das Recht „der Minderjährigen und Erben eines Kaufmanns „eine grosse Menge einschränkender und modi„ficirender Bestimmungen erforderlich machen „würde".[2]

So fand also die Frage, welche schon lange der Gegenstand lebhaften Streites in Theorie und Praxis gewesen war, keine Lösung. Der Kampf der Meinungen tobte weiter. In dem verschiedensten Sinne wurde eine Lösung versucht, übereinstimmende Ergebnisse wurden wieder in ganz verschiedener Weise begründet.

Das neue HGB. musste zu der Frage Stellung nehmen, da die Sicherheit des kaufmännischen Verkehrs dringend eine Entscheidung erheischte. Es hat es getan, indem es sich im Wesentlichen der

2) Lutz, Prot. S. 1435.

Auffassung anschloss, die schon das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung vertreten hatte.

Es wird nun unsere Aufgabe sein, die verschiedenen Lösungen, welche für das frühere Recht versucht wurden, einzeln zu besprechen und dann den gegenwärtigen Rechtszustand darzustellen.

b) Aus praktischen Gründen empfiehlt es sich, zuvor zu untersuchen, was unter den Geschäftsschulden, für welche der Erwerber eines Handelsgeschäfts unter gewissen Verausssetzungen haftet, zu verstehen ist.

§ 25 des neuen HGB. spricht von den „im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers". Genauer definiert das RG.:

„Zu den Geschäftsschulden gehören alle die-
„jenigen Verpflichtungen, welche mit dem Geschäfts-
„betrieb in einer solchen engen, inneren Verbindung
„stehen, dass sie als eine Folge dieses Geschäfts-
„betriebes erscheinen." [3]

Die Schulden können zunächst aus Rechtsgeschäften entstanden sein, und zwar nicht nur aus solchen, welche den Gegenstand des betreffenden Handelsbetriebes ausmachen, welche also regelmässig in demselben geschlossen werden, sondern auch aus den sog. Hülfsgeschäften des Handels, d. s. solche Geschäfte, welche nicht regelmässig, sondern nur gelegentlich in dem Geschäftsbetriebe geschlossen werden. Dahin gehört z. B. die Miete für das Geschäftslokal. Dass nach dem ADHGB. Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte

3) RG. Bd. 15 S. 54.

waren,[4] steht dem nicht entgegen. Diese Vorschrift bestimmt nur, dass solche Verträge nicht nach den Grundsätzen des Handelsrechts beurteilt werden sollen, dass sie also z. B. nicht unter den für Handelsgeschäfte geltenden Grundsatz der Formfreiheit fallen. Trotzdem können sie natürlich im Betriebe des Geschäfts geschlossen werden, und dann gehören auch die aus ihnen erwachsenden Verbindlichkeiten zu den Geschäftsschulden. Das neue HGB. enthält keine dem Art. 275 des ADHGB. entsprechende Vorschrift.

Auch die aus unentgeltlichen Rechtsgeschäften erwachsenen Verbindlichkeiten sind Geschäftsschulden, wenn das betreffende Rechtsgeschäft im Betriebe des Handelsgewerbes geschlosssen ist.[5]

Nach § 344 Abs. 1 des neuen HGB. gelten die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte[6] im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig. Diese Vermutung greift auch dann Platz, wenn es sich darum handelt festzustellen, für welche Verbindlichkeiten der Erwerber haftet. Es ist nun aber wohl zu beachten, dass das Handelsgewerbe des Kaufmanns nicht identisch zu sein braucht mit dem einzelnen Geschäftsbetrieb, nämlich dann nicht, wenn der betreffende Kaufmann mehrere selbständige Geschäfte betreibt. In diesem Falle muss also der Gläubiger, der den für die Geschäftsschulden haftenden Erwerber in Anspruch

4) Art. 275.

5) cf. ROHG. Bd. 16 S. 185.

6) ADHGB. Art. 274 stellt diese Präsumtion nur für Verträge auf.

nimmt, beweisen, dass seine Forderung gerade in dem Betriebe des von dem Erwerber übernommenen Geschäfts entstanden ist. Hat der Veräusserer da gegen nur ein Geschäft gehabt, so muss, wenn es zweifelhaft ist, ob eine Verbindlichkeit desselben zu den Geschäftsschulden gehört, der Erwerber beweisen,dass diese Schuld nicht in dem Betriebe des übernommenen Geschäfts entstanden ist.

Auch die aus nicht rechtsgeschäftlichen Tatbeständen, insbesondere aus Delikten erwachsenen Verbindlichkeiten können Geschäftsschulden sein.[7] Als Beispiele seien genannt die Verpflichtung zum Schadensersatz auf Grund des Haftflichtgesetzes, wegen Patentverletzungen, wegen Nachdrucks, wegen betrügerischer Manipulationen,[8] Verbindlichkeiten aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag u. s. w. Natürlich kommt hier die Präsumtion aus § 344 Abs. 1 nicht zur Anwendung.

7) cf. RG. Bd. 15 S. 54.

8) Staub, Kommentar zu § 22 Anm. 21. Goldmann, Kommentar zu § 25 Anm. 1 II 1 c.

Erster Abschnitt.

I. A. 1.

Der Kaufmann trennt das Vermögen, welches er für den Betrieb seines Geschäftes bestimmt hat, von seinem übrigen Vermögen. Er führt über seine Handelsgeschäfte gesondert Buch, und in den Büchern tritt er selbst als Schuldner und Gläubiger des Geschäfts auf. Es liegt nun der Gedanke nahe, dieser rein tatsächlichen Trennung des Geschäftsvermögens von dem Privatvermögen des Kaufmanns, dieser Personifikation des Geschäfts, wie sie sich in den Anschauungen kaufmännischer Kreise darstellt, eine rechtliche Bedeutung beizumessen. Demgemäss haben auch verschiedene Schriftsteller[9] die Ansicht vertreten, das Geschäft in seiner rechtlichen Abgeschlossenheit sei ein selbständiges Rechtssubjekt, eine juristische Person. Nicht der Kaufmann sei Subjekt der im Betriebe seiner Handlung entstandenen Forderungen und Verbindlichkeiten, sondern das Geschäft als solches.

a) Ist diese Ansicht richtig, so würde aus ihr ohne Weiteres folgen, dass der Erwerber des

9) cf. Mommsen in Buschs Archiv Bd. 32 S. 201 ff. Endemann, Handelsrecht § 20.

Geschäfts für die von dem bisherigen Inhaber kontrahierten Geschäftsschulden haftet, ebenso wie er die Forderungen geltend machen kann. Denn der Übergang des Geschäfts im ganzen auf einen neuen Inhaber lässt ja das Subjekt der Verbindlichkeiten unberührt; dies ist nach wie vor das Geschäft, welches seine Identität bewahrt hat. Demnach können die Geschäftsgläubiger sich an den Erwerber halten Ihnen gegenüber hat eine Vereinbarung zwischen diesem und dem Veräusserer, wonach die Geschäftsschulden nicht übergehen sollen, keine Wirkung.

Es würde also in jedem Falle die Frage aufzuwerfen sein, ob das Geschäft als ganzes oder nur ein mehr oder weniger grosser Komplex einzelner Vermögensstücke veräussert ist. Nach Mommsen ist das erstere stets dann der Fall, wenn eine Succession in die Firma stattfindet. Denn „die Firma ist das äussere Zeichen der Identität des Geschäfts.“ [10] Wird die Firma nicht mit übertragen, so ist die Frage nach dem zwischen Veräusserer und Erwerber geschlossenen Vertrage zu beurteilen. „Eben weil gesetzliche Merkmale fehlen, sind „hier die privaten Abmachungen der Kontrahenten „von der grössten Wichtigkeit auch nach aussen.“ [11]

Die Auffassung des Geschäfts als selbständiges Rechtssubjekt ist unhaltbar. Abgesehen davon, dass sie dem positiven Recht durchaus widerspricht, würde sie zu unmöglichen Konsequenzen führen.

10) a. a. O. S. 209.
11) a. a. O. S. 220.

Insbesondere wäre jeder Kaufmann imstande, sich seiner aus dem Geschäft erwachsenen Verbindlichkeiten auf sehr einfache Weise zu entziehen, indem er das Geschäft veräusserte.[12] Die Gläubiger, welche ihm im Vertrauen auf seine Kreditwürdigkeit kreditiert haben, könnten sich nur noch an den Erwerber halten; denn sie waren ja nicht Gläubiger des bisherigen Inhabers, sondern eines von diesem verschiedenen Rechtssubjekts, nämlich des Geschäfts als solchen. Mommsen vermeidet allerdings diese Konsequenz, indem er den früheren Inhaber subsidiär haften lässt. Wie er dies erklären will, ist jedoch schwer einzusehen. „Natürlich könne der Veräusserer „sich die subsidiäre Stellung sichern durch die Ein„rede der Vorausklage.“[13] Damit wäre aber immer noch den Gläubigern die Rechtsverfolgung gegen den Veräusserer bedeutend erschwert, ihre Rechtslage mithin im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Erwerbers verschlechtert. Dies widerspricht dem Satz: Debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari potest.[14]

Endemann[15] führt aus, dass das Geschäft als selbständiges Verkehrswesen betrachtet wird. Dem Geschäft, nicht der Person des Prinzipals widmen die Gehülfen ihre Kräfte. Ja, der Prinzipal selbst ordne sich ganz seinem wirtschaftlichen Beruf unter. Ähnlich sagt Mommsen:[16] „Das vereinigende

12) cf. Regelsberger in Goldschmidts Z. Bd. 14 S. 13.
13) a. a. O. S. 218.
14) l. 25 C. de pact. 2,3.
15) Handelsrecht § 20.
16) a. a. O. S. 210.

„Moment ist nicht etwa eine Person, sondern der „Zweck, die Vermittelung der Produktion und Kon„sumtion in dem betreffenden Verkehrszweig. Dieser „höheren wirtschaftlichen Idee dient das Geschäft, „während es seinen nächsten Zweck erfüllt, dem „Inhaber eine Quelle des Gewinns zu sein. Daher „erscheint es unmittelbar selbst als das eigentliche „Verkehrswesen, als selbständiger Träger des Kredits „und der gesamten Handelstätigkeit, nicht der „Inhaber."

Wenn wir uns auf den Standpunkt des Nationalökonomen stellen, so werden wir diesen Ausführungen zweifellos beistimmen: Das Geschäft dient einer höheren wirtschaftlichen Idee, es verrichtet eine wichtige volkswirtschaftliche Funktion, indem es die Verteilung der Güter unter die Konsumenten vermittelt, sie dahin dirigiert, wo gerade ein Bedürfnis vorhanden ist. Von diesem Gesichtspunkt aus aber wird man von jedem Vermögenskomplex, sofern er nicht etwa dem wirtschaftlichen Verkehr ganz entzogen ist, sagen können, er sei vielmehr durch den wirtschaftlichen Zweck charakterisiert als durch die Person, der er diene, und bilde eine Einheit mit Rücksicht auf den Zweck. Unrichtig aber scheint es, aus dieser nationalökonomischen Betrachtungsweise Konsequenzen für die juristische Natur des Geschäfts zu ziehen. Der Kaufmann mit seiner ganzen Persönlichkeit, mit seinem Vermögen und seinem Können, steht hinter dem Geschäft. Er ist Träger der Rechte und Verbindlichkeiten, die durch den Geschäftsbetrieb entstehen; er geniesst auch den

Kredit.[17] Wenn es heisst, das Geschäft, die Firma geniesse Kredit, so ist das nur eine Abstraktion im sprachlichen Ausdruck. Wer zu einer Handelsfirma in geschäftliche Beziehungen tritt, wird stets den Inhaber derselben im Auge haben, und je nachdem er diesem grosses oder geringes Vertrauen entgegenbringt, wird er sich entscheiden, wie weit er sich mit ihm geschäftlich einlassen, insbesondere wie hohen Kredit er ihm gewähren darf. Ein reicher Mann, der ein Handelsgeschäft betreibt, wird für dieses grossen Kredit geniessen, auch wenn es offenkundig ist, dass er nur sehr wenig Kapital in das Geschäft gesteckt hat. Ein Kaufmann, der als umsichtiger und tüchtiger Geschäftsmann bekannt ist, wird weit mehr Kredit geniessen, als ein anderer, der in dem Rufe eines leichtsinnigen Spekulanten steht, auch wenn beiden ein gleich grosses Vermögen zur Seite steht.

Es ist also für Dritte, welche mit einer Handlung in geschäftliche Beziehungen treten wollen, von grosser Wichtigkeit zu wissen, wer Inhaber derselben ist. Mit Rücksicht hierauf schreibt auch das ADHGB. vor, dass sich jeder Vollkaufmann ins Handelsregister eintragen lassen muss (Art. 19), das für jedermann öffentlich ist (Art. 12 Abs. 2), und diesen Grundsatz der Publizität befolgen fast alle neueren Handelsgesetzgebungen.

Wir wenden uns nun im Einzelnen den Gründen zu, welche für die rechtliche Selbständigkeit eines Handelsgeschäfts angeführt sind.

17) cf. ROHG. Bd. 2 S. 51.

Wenn Mommsen zunächst aus der Möglichkeit, dass ein Kaufmann Inhaber mehrerer Handelsgeschäfte sein könne, einen Beweis dafür erbringen will, dass „die Inhaberschaft die Nebensache, das „Geschäft die Hauptsache sei,“ [18] so spricht dies vielmehr gegen seine Ansicht. Denn mit Recht hält ihm Simon entgegen, dass „die verschiedenen „Geschäfte nicht selbständige juristische Existenzen „seien. Sie könnten nicht miteinander in Rechts„verhältnissen stehen, nicht gegen einander klagen; „die Kompensationseinrede des Kaufmanns und „gegen ihn sei völlig unabhängig davon, ob die „Obligation für dieses oder jenes Geschäft einge„gangen sei.“ [19]

Dass aus der Bezeichnung „Prinzipal, d. i. der „erste Diener des Geschäfts“ [20] die Unterordnung „der Person unter den wirtschaftlichen Beruf gekenn„zeichnet ist,“ beweist nichts für die Selbständigkeit des Geschäfts. Diese Bezeichnung führt der Inhaber nur im Verhältnis zu seinen Angestellten. [21] Aber auch hiervon abgesehen, kann doch auf eine solche im täglichen Leben übliche Bezeichnung kein Beweis gegründet werden. Mit demselben Rechte könnte man einen Unterschied zwischen Besitz und Eigentum leugnen, weil diese beiden Worte im gewöhnlichen Verkehr in synonymer Bedeutung gebraucht werden.

18) a. a. O. S. 210.
19) Goldschm. Z. Bd. 24 S. 112.
20) Mommsen a. a. O. S. 210.
21) cf. Simon a. a. O. S. 113.

„Das Geschäft besitzt als solches einen eigenen „Namen.“ [22] Die Firma ist aber, wie unten näher auszuführen sein wird, nicht der Name des Geschäfts, sondern des Inhabers.

„Der Wohnsitz und Gerichtsstand des Geschäfts „braucht nicht mit dem des Inhabers zusammen- „zufallen.“ [23] Diese Bestimmung ist im Interesse Dritter getroffen. Für die juristische Selbständigkeit des Geschäfts lässt sich daraus ebensowenig etwas folgern, wie aus dem ausschliesslichen dinglichen forum rei sitae eine rechtliche Selbständigkeit des Grundstücks folgt.

Selbst dem Geschäft der offenen Handelsgesellschaft ist eine rechtliche Selbständigkeit in dem Masse wie die Vertreter der hier bekämpften Ansicht sie schon für das Geschäft des Einzelkaufmanns in Anspruch nehmen, nicht zuerkannt. Die offene Handelsgellschaft ist keine juristische Person. Dennoch zeigt das Gesellschaftsvermögen eine rechtliche Abgeschlossenheit in vielen Punkten, wo für das Geschäft des Einzelkaufmanns abweichende Bestimmungen gelten.

Während die Gesellschaft besteht, ist der Anteil jedes Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen dem Zugriff seiner Privatgläubiger entzogen.

Über das Gesellschaftsvermögen ist ein Konkurs möglich, verschieden von dem Konkurs über das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter.

---

22) Mommsen S. 211.
23) M. S. 211.

Gegen Forderungen der Gesellschaft kann nicht mit Forderungen gegen einzelne Gesellschafter aufgerechnet werden.

Schliesslich kann die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben.[24]

Alle diese Bestimmungen deuten auf eine gewisse Selbständigkeit des Geschäfts der offenen Handelsgesellschaft. Insbesondere charakterisieren sie das Gesellschaftsvermögen als ein Sondergut. Nun meint Mommsen, dass man dann auch dem Geschäft des Einzelkaufmanns eine, wenngleich graduell verschiedene, rechtliche Abgeschlossenheit zugestehen müsse. Er sagt: „Es dürfte unmöglich „erscheinen, die Selbständigkeit des Geschäfts davon „abhängig zu machen, ob Einer oder Mehrere „an der Spitze stehen. Diese bloss äusserliche „Tatsache kann nicht innerliche Verschiedenheiten zur Folge haben".

Die Tatsache, ob Einer oder Mehrere an der Spitze des Geschäfts stehen, ist keineswegs bloss eine äusserliche; sie bedingt vielmehr wesenliche Unterschiede.

Wenn mehrere sich zum gemeinsamen Betriebe eines Handelsgeschäfts vereinigen, so müssen sie notwendig auch einen Teil ihres Vermögens zu einem gemeinschaftlichen Ganzen zusammenschiessen. Es ist nun bei unseren heutigen Kulturverhältnissen kaum denkbar, dass sie ihr Gesamtvermögen zu diesem Zweck vereinigen. Es muss vielmehr jedem

24) Über diese Unterschiede cf ROHG. Bd. 2 S. 52 f.

ein Teil seines Vermögens für seine Privatzwecke weiterhin zur Verfügung bleiben, der von dem Gesellschaftsvermögen zu trennen ist. Wenn dies, obgleich nur in geringem Umfange, schon fast unumgängliche Notwendigkeit ist bei der ehelichen Gütergemeinschaft, die doch wohl einer gänzlichen Vereinigung des gesamten Vermögens zweier Personen am nächsten kommt, so in noch viel höherem Masse bei der Handelsgesellschaft. Denn während die Ehe eine rechtliche und sittliche Gemeinschaft in sämtlichen Lebensbeziehungen bedingt, ist bei den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft eine Gemeinschaft nur in einer, allerdings sehr wichtigen, Richtung ihrer Lebensbetätigungen vorhanden, nämlich in bezug auf ihre wirtschaftliche Thätigkeit.

Ist es demnach unbedingt notwendig, dass für die gemeinschaftlichen Zwecke ein besonderer Vermögensfonds aus dem Vermögen der Gesellschafter abgesondert wird und den Einzelvermögen gegenübertritt, so muss das Recht diese Trennung anerkennen und ihr auch Dritten gegenüber Geltung verschaffen, indem es das Gesellschaftsvermögen mit einer gewissen Selbständigkeit bekleidet. Der Anteil eines jeden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen darf den Privatgläubigern desselben nicht entzogen werden. Wohl aber kann ihnen vorgeschrieben werden, sich an dieses erst zu halten, wenn ihnen das Privatvermögen des Schuldners keine Befriedigung gewährt. Durch diese Vorschrift ist es der Willkür Dritter entzogen, die Trennung, welche die Gesellschafter zwischen dem Geschäfts-

vermögen und dem Privatvermögen gemacht haben und im Interesse einer ordentlichen Geschäftsführung machen mussten, zu ignorieren und Verwirrung anzurichten. Einen ähnlichen Zweck verfolgen die übrigen oben angeführten Rechtssätze.

Beim Einzelkaufmann besteht ein derartiges Bedürfnis nicht. Er sondert allerdings auch sein Geschäftsvermögen vom Privatvermögen; aber diese Trennung ist eine rein faktische, sie hat keine rechtlichen Wirkungen. Sie hat auch nur Bedeutung für den Kaufmann selbst, um ihm den Überblick über den Geschäftsbetrieb, insbesondere über Gewinn und Verlust zu erleichtern. Dritte brauchen sie nicht zu beachten; insbesondere findet den Gläubigern gegenüber keine Separation statt.

Das Geschäftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft ist also ein Sondergut, nicht aber das Geschäftsvermögen des Einzelkaufmanns. Dem Geschäft der offenen Handelsgesellschaft ist vom Rechte eine Selbständigkeit zuerkannt worden, deren sich das Geschäft des Einzelkaufmanns nicht, auch nicht in geringerem Masse erfreut.

b) In ähnlicher Weise will Bekker[25] die Haftung des Geschäftserwerbers für die Geschäftsschulden aus der Natur des Geschäfts ableiten. Er bezeichnet das letztere als „Zweckvermögen, „d. h. ein Komplex von Wertstücken, die nicht „sowohl durch die Person, an der sie haften, als

25) Goldschmidts Z. Bd. 4 S. 499 ff.

„durch den Zweck, dem sie dienen, zusammen-
„gehalten werden".[26]

Im Gegensatz zur Stiftung sei es ein abhängiges Zweckvermögen, ähnlich der merx peculiaris. Der Erwerber hafte den Geschäftsgläubigern, wie der dominus der merx peculiaris gegenüber der actio tributoria haftbar sei.

Die Analogie mit der merx peculiaris, von der die Quellen sagen: unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi [sc. servo] credidit, dürfte kaum zutreffen.[27] Das römische Recht kannte, von Ausnahmen abgesehen, keine unmittelbare Stellvertretung. War einem Haussohn oder Sklaven vom paterfamilias ein Pekulium zur selbständigen Verwaltung überlassen worden, so wurde dieser aus den auf das Pekulium sich beziehenden Rechtsgeschäften nicht verpflichtet. Die Gläubiger konnten sich aber auch nicht an die Verwalter des Pekuliums halten; denn diese besassen gewöhnlich nichts, da sie alles ihrem Gewalthaber erwarben. Zudem wurde der Sklave aus den von ihm geschlossenen Verträgen auch nur naturaliter verpflichtet. Daher gewährten die Römer die sog. actiones adiecticiae qualitatis gegen den Herrn: Dieser haftete bis zur Höhe des Pekuliums Auf diesem Umweg wurde das Ziel erreicht, das im späteren gemeinen Recht, als das Prinzip der unmittelbaren Stellvertretung sich Geltung verschafft hatte, weit einfacher und vollständiger zu erreichen war.

26) a. a. O. S. 499.
27) l. 5 § 15 de trjb. act 14,4.

Betrieb nun der Haussohn oder Sklave mit dem Pekulium oder einem Teil derselben, der merx peculiaris, ein Handelsgeschäft, so bot die actio tributoria, welche den Geschäftsgläubigern gegen den Herrn zustand, insofern eine Besonderheit im Vergleich zu den übrigen actiones adiecticiae qualitatis, als dem dominus ihr gegenüber nicht die deductio eius quod ei debetur zugestanden wurde. Er konnte vielmehr seine Forderungen aus Rechtsgeschäften, die er mit dem Verwalter der merx peculiaris geschlossen hatte, nur neben den übrigen Gläubigern geltend machen. Andererseits haftete aber auch nicht das ganze peculium, sondern nur die merx peculiaris. Nach der Grösse dieser merx konnten daher Dritte bestimmen, wie grossen Kredit sie gewähren durften.

Demnach ist es sehr treffend, wenn die erwähnte Quellenstelle behauptet, dass der merx viel mehr als dem Verwalter derselben kreditiert wurde. Liess der dominus in der bezeichneten Weise mehrere Geschäfte betreiben, so war jede merx nur den Gläubigern der betreffenden taberna verhaftet. Es fand vollkommene Separation statt.

Ein analoger Fall ist heute im Seerecht möglich.[28] Der Reeder haftet aus Rechtsgeschäften, die der Kapitän (Schiffer) auf grund seiner gesetzlichen Vollmacht abschliesst, nur mit Schiff und Fracht.[29] Dieses Schiffsvermögen zeigt demnach grosse Ähnlichkeit mit der römischen merx peculiaris. Allerdings

28) Bekker a. a. O. S. 535.

29) ADHGB. Art. 452 Ziffer 1. Neues HGB. § 486 Ziffer 1.

liegt die ratio dieser Bestimmung nicht in dem Mangel einer unmittelbaren Stellvertretung, sondern es mag wohl die Erwägung massgebend gewesen sein, dass der Reeder nicht mit seinem ganzen Vermögen aus Rechtsgeschäften eines Mannes verhaftet werden sollte, dem er kraft Gesetzes weitgehende Befugnisse einräumen muss, dessen Fähigkeiten und Charakter er aber nicht immer gründlich prüfen kann. Mit Schiff und Fracht dagegen haftet er; denn diese muss er ihm ja doch anvertrauen. Man kann demnach hier sehr wohl sagen, der Schiffsgläubiger kreditiere dem Schiffe.

In diesem Falle ist also eine Ähnlichkeit mit der merx peculiaris unverkennbar. Wenn aber sonst der Kaufmann zur Verwaltung, sei es des ganzen Geschäfts, sei es einzelner Zweige, einen Vertreter bestellt und mit Vollmacht versieht, so verpflichtet und berechtigt dieser, soweit seine Vertretungsmacht reicht, seinen Herrn unmittelbar.[30] Und zwar haftet letzterer unbeschränkt, nicht nur bis zur Höhe des etwa dem Vertreter anvertrauten Vermögens. Liegt nun schon hier, wo ein Stellvertreter das Geschäft verwaltet, der Fall durchaus anders, als bei der actio tributoria, so noch viel mehr, wenn der Inhaber selbst das Geschäft leitet. Eine Analogie zwischen dem Geschäftsvermögen und der merx peculiaris besteht also nicht. Auf diesem Wege lässt sich mithin auch die Haftung des Geschäftserwerbers für die von dem Veräusserer kontrahierten Geschäftsschulden nicht beweisen.

30) cf. ADHGB. Art. 52; jetzt BGB. § 164.

c) Die Behauptung, der Erwerber eines Handelsgeschäfts hafte den Geschäftsgläubigern für die Schulden des Veräusserers, ist ferner damit begründet worden, dass unter einem Handelsgeschäft eben das Geschäftsvermögen zu verstehen sei,[31] dass zu diesem als integrierende Bestandteile aber auch die Passiva gehörten. Und zwar sollen die Gläubiger den Erwerber unmittelbar in Anspruch nehmen können. Die Identifizierung des Handelsgeschäfts mit dem Geschäftsvermögen findet einen Hauptstützpunkt in Art. 23 des ADHGB. Dieser lautet: „Die Veräusserung einer Firma als solcher, ab-„gesondert von dem Handelsgeschäft, für welches „sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig."

In dieser Vorschrift soll nach der erwähnten Ansicht unter „Handelsgeschäft" das „Geschäftsvermögen" zu verstehen sein.

Es ist also zunächst der Begriff „Handelsgeschäft" festzustellen.

Wie in so vielen Fällen bezeichnet unsere Muttersprache mit diesem Worte recht verschiedenartige Dinge. Behrend[32] unterscheidet vier verschiedene Bedeutungen. „Die Ausdrücke Geschäft „oder Handelsgeschäft bedeuten:

„a) ein einzelnes nach Handelsrecht zu be-„urteilendes Rechtsgeschäft,

„b) die gewerbliche Tätigkeit des Kaufmanns „in ihrer Gesamtheit,

31) Behrend in seiner Zeitschrift Bd. 4 S. 429 ff.
32) a. a. O. S. 433.

„c) diejenigen Beziehungen und Verhältnisse,
„in denen der Kaufmann vermöge seiner gewerb-
„lichen Tätigkeit steht,

„d) den örtlichen Mittelpunkt für die gewerb-
„liche Tätigkeit des Kaufmanns, das Handlungs-
„etablissement oder Geschäftslokal."

Es kann nun nicht zweifelhaft sein, dass, wenn von der Veräusserung eines Handelsgeschäfts die Rede ist, nur die unter c) angeführte Bedeutung in Betracht kommen kann.

Welcher Art sind nun diese „Beziehungen und Verhältnisse, in denen der Kaufmann vermöge seiner gewerblichen Tätigkeit steht?"

Es sind zunächst rechtlich geordnete Beziehungen, Rechtsverhältnisse, und zwar solche zu Sachen wie zu Personen. Der Kaufmann muss ein Geschäftslokal haben. Er muss die nötigen Mengen an Waren vorrätig halten, um den eingehenden Bestellungen unverzüglich nachkommen zu können. Sodann steht er mit einer ganzen Reihe von Personen in ununterbrochenen rechtlichen Beziehungen: er hat Gläubiger und Schuldner.

Ferner kommen noch hinzu die verschiedenartigsten Verhältnisse, die nur rein tatsächlicher Natur sind. Dahin gehören zunächst und in erster Linie die Beziehungen zu denjenigen Personen, mit denen er geschäftliche Verbindungen hat.

Die Beziehungen zwischen dem Kaufmann einerseits und seinen Lieferanten und Kunden andererseits beschränken sich nicht auf die im Hauptbuch verzeichneten Forderungen und Schulden; sie hören

nicht auf, wenn das Konto auf beiden Seiten ausgeglichen ist. Weit wichtiger als der einzelne Schuldposten, der doch seiner Bestimmung nach nur von vorübergehender Dauer sein soll, ist das Band, welches das gegenseitige Vertrauen und das Bewusstsein, gemeinsame Interessen zu verfolgen, zwischen ihnen knüpft, und das um so stärker wird, je länger die geschäftlichen Beziehungen dauern. Die Bedeutung, welche die Kenntnis des Kaufmanns von den besten Bezugsquellen und Absatzgelegenheiten und die ihm gebotene Möglichkeit, diese auszunutzen, für das Prosperieren des Geschäfts hat, ist gross.

Des weiteren gehören hierher die Kenntnis des Kaufmanns von der vorteilhaftesten Art des Geschäftsbetriebes, vor allen Dingen aber die Geschäftsgeheimnisse. Auf der Ausbeutung eines Geschäftsgeheimnisses ruht zuweilen das ganze Unternehmen.

Alles dies sind Imponderabilien, deren Bedeutung für das Gedeihen des Geschäfts nicht unterschätzt werden darf.

Wenn nun jemand ein bestehendes Handelsgeschäft erwirbt, so kommt es ihm nicht so sehr darauf an, gerade das Geschäftsvermögen zu übernehmen, als vielmehr in diese geschilderten Verhältnisse einzutreten. Die Übernahme der zum Geschäftsvermögen gehörenden Sachen, des Etablissements, der Vorräte u. s. w., bietet ihm keine Gewähr dafür, dass er sie auch gewinnbringend werde verwerten können. Und wenn er die Aktiva

— hier in dem engeren Sinne von Forderungen — und Passiva des Geschäfts mit übernimmt, so tut er es doch wohl in erster Linie zu dem Zweck, um zu den Lieferanten und Kunden sofort in Beziehungen zu treten und sich dadurch das Hineinarbeiten in den ganzen Geschäftsbetrieb zu erleichtern. Sehr treffend führt ein Schriftsteller aus:

„In der Handelswelt ist es für den, der eine „Handlung fortsetzt, und für sein Interesse nicht „eigentlich darauf abgesehen, dass er gerade das in „der Handlung roulierende Kapital an Waren, „Forderungen u. s. w. erhalte, denn dieses müsste „er ja jedenfalls dem bisherigen Inhaber nach der „Bilanz vergüten, sondern auf den Geschäftsbetrieb „für die Zukunft. Ihm ist es darum zu tun, dass „der, welcher die Handlung bisher betrieben, zurück- „trete und diese Art der Geschäfte aufgebe, und „dass er, indem jener ihn bei seinen Handelsfreunden „empfiehlt, und das Vertrauen, welches er bis dahin „genossen, auf seinen Nachfolger zu übertragen „bittet, die Verbindungen und Kundschaft erhalte „worin jener bisher gestanden.“ [33]

Dem entspricht es auch, dass der Erwerber in den meisten Fällen einen Preis zahlt, der den Wert des ihm zu gute kommenden Aktivsaldos bei Weitem übersteigt. Behrend[34] sagt nun allerdings: „Die „Erwartung auf Grund deren hier der Vertrag ge- „schlossen wird, hat rechtlich die Bedeutung eines „Motivs, welches den Erwerber zum Abschluss des

33) Anonymus in Elver's Themis Bd. 1 S. 522.
34) a. a. O. S. 450.

„Vertrages bewegt und auf die Bestimmung des „Kaufpreises einwirkt."

Das ist nicht so ohne Weiteres zurückzuweisen. Verkauft jemand z. B. sein in der belebtesten Geschäftsgegend einer Grossstadt belegenes Ladengeschäft, das sich stets eines gewaltigen Zuspruchs erfreut hat, so wird der Kaufpreis, den er erhält, den Wert des Hauses einschliesslich des Grundstücks und der sonstigen auf den Erwerber übergehehenden Aktiva weit übersteigen. Der Erwerber zahlt diesen hohen Preis, weil er mit Sicherheit erwarten darf, dass die günstige Lage des Geschäftslokals auch ihm zu statten kommen werde, solange er nicht die Gunst des kaufenden Publikums durch eigenes Verschulden verscherzt. In diesem Falle sind die Erwartungen und Hoffnungen des Käufers lediglich Motive. Zum Vertragsinhalt werden sie nicht erhoben. Das ist nicht nötig, da sie sich auf Umstände gründen, die vom Willen des Veräusserers unabhängig sind. Der Käufer zahlt den hohen Preis, weil das Haus für ihn den Wert hat, da er einen grossen Gewinn daraus zu erzielen hofft.

Ganz anders liegt aber der Fall, wenn der Käufer eines Handelsgeschäfts einen den Wert des ihm zukommenden Aktivsaldos übersteigenden Preis zahlt in der Erwartung, mit dem Geschäft zugleich die Kundschaft des bisherigen Inhabers zu übernehmen, ohne dass er gerade wegen der günstigen Lage des Geschäftslokals zu dieser Hoffnung berechtigt ist. Er will an Stelle des Veräusserers in eine Reihe rein tatsächlicher Beziehungen eintreten,

in denen dieser zu dritten Personen gestanden hat. Diese Möglichkeit ist aber hier nicht schon, wie in dem obigen Beispiel, gegeben durch eine dem Geschäftslokal oder einem sonstigen zum Geschäftsvermögen gehörigen Gegenstande anhaftende Eigenschaft, also durch ein vom Willen des Veräusserers unabhängiges Moment: sie steht vielmehr ganz im Belieben des Veräusserers. Ist nun diese Erwartung lediglich Motiv auf Seiten des Käufers, so ist der Veräusserer nicht verpflichtet, ihm zur Erfüllung seiner Hoffnungen Beistand zu leisten. Es hindert ihn vielmehr nichts, seinem Kontrahenten direkt entgegenzuarbeiten, sei es durch Gründung eines Konkurrenzunternehmens, sei es indem er seinen bisherigen Kunden abrät, die mit ihm unterhaltenen Beziehungen mit seinem Nachfolger fortzusetzen. Mag man ein solches Verhalten verurteilen: ein gesetzliches Mittel, es zu verhindern, steht dem Käufer nicht zu Gebote. Für getäuschte Hoffnungen besteht keine Schadensersatzpflicht. Aus diesen Ausführungen geht wohl zur Genüge hervor, dass dies nicht die Absicht der vertragschliessenden Parteien sein kann. Für eine so ungewisse Erwartung, deren Eintritt zu einem nicht geringen Teil lediglich von dem guten Willen seines Kontrahenten abhängt, wird der Käufer nicht eine so grosse Summe zahlen, wenn der Veräusserer sich nicht ihm gegenüber zu einem Verhalten verpflichtet, das geeignet ist, die Erfüllung seiner Erwartungen zu fördern. Die Aussicht auf den Eintritt in die Kundschaft und die sonstigen geschäftlichen Beziehungen

des Veräusserers, die Erwartung, von diesem die Art des Geschäftsbetriebes, die Geschäftsgeheimnisse kennen zu lernen, ist nicht blosses Motiv auf Seiten des Erwerbers: in den Inhalt des Vertrages ist vielmehr ausdrücklich oder stillschweigend die Verpflichtung des Veräusserers aufgenommenen, den Erwerber nach Kräften bei der Kundschaft u. s. w. einzuführen, ihn in den Geschäftsbetrieb, in die Geschäftsgeheimnisse einzuweihen. Diese Verpflichtungen des bisherigen Inhabers sind der wesentliche Inhalt des Vertrages.[35] Hat der Veräusserer keine Verpflichtungen in dieser Richtung übernommen, so handelt es sich überhaupt nicht um die Veräusserung des Geschäfts, sondern höchstens des Geschäftsvermögens. Ob und in wieweit nun bei der Veräusserung des Geschäfts auch die Aktiva und Passiva auf den Erwerber übergehen, ist lediglich quaestio facti. Der oben dargelegte Zweck des Vertrages wird sich wohl in den meisten Fällen nicht erreichen lassen, ohne dass das Geschäftsvermögen wenigstens zum Teil mit übernommen wird. So kann z. B. ein Bahnunternehmen natürlich nicht ohne den Bahnkörper veräussert werden. Dagegen ist es wohl denkbar, dass ein Unternehmen, welches lediglich auf der Ausbeutung eines Geschäftsgeheimnisses oder eines Patents beruht, veräussert wird, ohne dass der Erwerber auch nur ein Stück des Geschäftsvermögens übernimmt. Dass die Forderungen und Schulden übergehen, wird fast stets unwesent-

35) A. A. Binder a. a. O. S. 34.

lich sein. Es kommt vielmehr sehr häufig vor, dass der Veräusserer sich die Liquidation vorbehält.

Es ist nun mit Recht behauptet worden, dass derartige tatsächliche Beziehungen, in welche der Veräusserer den Erwerber einführen soll, nicht Gegenstand eines Kaufvertrages — und um einen solchen wird es sich bei der Geschäftsveräusserung doch meistens handeln — sein können. Sehr richtig: Solche tatsächlichen Beziehungen kann ich ebenso wenig verkaufen, wie die tatsächliche Gewalt über eine Sache. Denn richtiger Ansicht nach kann Gegenstand eines Kaufvertrages nur ein Recht sein, sei es das Eigentums-, ein sonstiges dingliches oder ein persönliches Recht. Rechte können übertragen werden in dem Sinne, dass sie mit allen ihnen anhaftenden Vorzügen und Mängeln vom Veräusserer auf den Erwerber übergehen. Wenn man von der Übertragung des Besitzes spricht, so ist dies in einem ganz andern Sinne gemeint. Der Besitz als ein tatsächliches Verhältnis kann nur originär erworben werden, nicht derivativ. Den Besitz übertragen heisst: einem andern an seiner Stelle die tatsächliche Gewalt verschaffen; der erworbene Besitz ist von dem aufgegebenen unabhängig.

Ebenso ist der Fall zu denken, dass jemand das Geschäft eines andern erwirbt. Der Erwerber lässt sich vom Veräusserer das Versprechen erteilen, alles zu tun, was in seinen Kräften steht, um ihm, - dem Erwerber — das Vertrauen zu verschaffen, das der Veräusserer bei seinen Kunden genoss, ihm die Geschäftsgeheimnisse und sonstigen Dinge,

deren Kenntnis für die erfolgreiche Fortführung des Geschäftsbetriebes erforderlich ist, mitzuteilen, kurz ihn in die Lage zu bringen, „dass er objektiv fähig ist, das Geschäft wie der bisherige Inhaber zu betreiben."[36]

Der Begriff „Handelsgeschäft" in dem Sinne, wie ihn die Kontrahenten verstehen, umfasst insbesondere „die aus dem Besitze der Geschäfts-„geheimnisse und aus den Beziehungen zu der Ge-„schäftskundschaft sich ergebende Chance zu ge-„winnbringender Thätigkeit, die Aussicht auf das „weitere Prosperieren des Geschäfts."[37]

Der Vertrag, soweit er sich auf die besprochenen Verpflichtungen des Veräusserers erstreckt, ist natürlich kein Kaufvertrag. Er qualifiziert sich vielmehr als Innominatkontrakt nach der Formel do ut facias und steht dem Werk- oder Dienstvertrag wohl näher als dem Kauf.

Die Verpflichtungen des Veräusserers sind teils positiver, teils negativer Natur. Er muss einerseits alles tun, den Erwerber zu fördern, andererseits alles unetrlassen, was ihm hinderlich sein könnte, z. B. die Gründung eines Konkurrenzunternehmens. Vielfach werden über diese Punkte genauere Abmachungen unter den Kontrahenten getroffen.

Für die Geschäftsveräusserung ist also der Übergang des Geschäftsvermögens nicht erforderlich. Damit fällt auch die Behauptung, der Erwerber hafte den Geschäftsgläubigern auf Grund

36) Simon a. a. O. S. 120.
37) Lehmann-Ring, Kommentar § 25 S. 83.

dieser Tatsache. Ob er aber dann, wenn er das Geschäftsvermögen mit übernimmt — meistens wird dies der Fall sein — von den Gläubigern unmittelbar in Anspruch genommen werden kann, wird später zu untersuchen sein.

d) Wir haben bisher die Ansichten zu widerlegen versucht, welche dahin gingen, dass der Erwerber eines Handelsgeschäfts aus allgemeinen Gründen für die Geschäftsschulden des Veräusserers hafte; jetzt ist noch die Frage zu erörtern, ob seine Haftung nicht aus einer positiven Vorschrift des ADHGB. folgt.

Enthält das Gesetz auch keine Vorschrift, welche unsere Frage direkt entscheidet, so fehlt es doch nicht an einer Bestimmung für einen ähnlichen Fall. Art. 113 des ADHGB. bestimmt:

„Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft „eintritt, haftet gleich den andern Gesellschaftern für „alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritt ein„gegangenen Verbindlichkeiten, es mag die Firma „eine Änderung erleiden oder nicht.

„Ein entgegenstehender Vertrag ist gegen Dritte „ohne rechtliche Wirkung."

Manche Schriftsteller[38] wollen nun diese Vorschrift analog auf alle Fälle der Veräusserung eines Handelsgeschäfts anwenden. Allerdings will Busch dies nur gelten lassen, wenn auch die Firma mit übergeht. Nur in diesem Falle spricht er überhaupt von der Übernahme eines Handelsgeschäfts.

38) cf. insbes. Busch in seinem Archiv Bd. 1 S. 25 ff.

Er sagt[39]: „Das Charakteristische bei der Ver „äusserung bezüglich dem Erwerbe eines Handels- „geschäfts ist stets, dass die Firma auf den Er- „werber mit übergehen soll; denn wenn das nicht „der Fall ist, so liegt ein Erwerb von Warenvorräten „und Utensilien, nicht aber der eines Handels- „geschäfts vor."

Busch fasst die Firma offenbar als Name des Geschäftes auf und legt ihr die Wirkung bei, dass sie es sei, die den Komplex von körperlichen und unkörperlichen Gegenständen, welchen wir als das Geschäft des Kaufmannes zu bezeichnen pflegen, zu einem einheitlichen Ganzen, einem Inbegriff im Rechtssinne zusammenfasse. Selbst wenn man zugeben wollte, dass die Firma nicht der Name des Kaufmanns sondern der des Geschäfts ist, wird man ihr eine derartige Bedeutung nicht beilegen können. Insbesondere scheint aber diese prinzipielle Unterscheidung angesichts der positiven Bestimmung des Art. 113, die diesen Umstand ausdrücklich für unerheblich erklärt als willkürlich. Will man Art. 113. auf den Erwerb eines Handelsgeschäfts analog anwenden, so gilt dies auch für den Fall des Erwerbs ohne Firma.

Es unterliegt nach den Protokollen keinem Zweifel, dass die Kommission der Ansicht war, „die „Frage, ob und inwiefern ein Kaufmann für die „früheren Schulden einer Handlung hafte, wenn er

39) a. a. O. S. 26.

„sie zum alleinigen Betriebe übernehme,“[40] sei im Gesetz nicht geregelt, der Art. 113 jedenfalls umfasse diesen Fall nicht. Regelsberger[41] hält daher eine analoge Anwendung des in Rede stehenden Artikels schon aus diesem Grunde für unzulässig. Demgegenüber ist aber daran festzuhalten dass „der Gedanke, welcher aus dem Gesetz spricht, ent- „scheidend ist, nicht der, welchen der Gesetzgeber „oder gar ein blosser Redaktor des Gesetzes ausser- „halb des Gesetzes ausspricht.“[42] Die Ansicht der Nürnberger Kommission schliesst eine entgegengesetzte Meinung noch nicht aus.[43] Es wird also zu prüfen sein, ob eine analoge Anwendung des Art. 113 auf unsern Fall aus inneren Gründen zu rechtfertigen ist.

Derartige Gründe lassen sich nun aber nicht nachweisen. Es sprechen vielmehr gewichtige Gründe dagegen.

Dass Art. 113 kein allgemeines Prinzip aussprechen soll, sondern nur für den konkret bestimmten Fall geschaffen ist, geht zunächst aus seiner Stellung im Gesetz hervor, sodann aber auch aus dem Umstand, dass für die Kommanditgesellschaft noch eine entsprechende Vorschrift in Art. 166 ausdrücklich gegeben ist.

Wenn wir ferner nach der ratio legis fragen, die zu der Vorschrift des Art. 113 geführt hat, so

40) Lutz, Prot. S. 280 cf. auch die oben zitierte Stelle S. 1435.

41) a. a. O. S. 24, ebenso Mommsen a. a. O. S. 204.

42) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 76.

43) Ebenso Simon a. a. O. S. 135.

ist sie darin zu suchen, dass Verwirrungen, die andernfalls unvermeidlich wären, verhindert werden sollten.[44] Dem Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft wird, wie schon oben ausgeführt wurde, vom Gesetz eine gewisse rechtliche Abgeschlossenheit und Selbständigkeit zuerkannt. Für die Gesellschaftsschulden haften die Gesellschafter solidarisch. Es würde nun in der Praxis mancherlei Unzuträglichkeiten im Gefolge haben, wenn einer der Gesellschafter für einen Teil der Gesellschaftsschulden nicht haften sollte. Wenn nun in der Kommission ausgeführt wurde, dass diese Verwirrungen nicht zu befürchten seien, wenn jemand in das Geschäft eines Einzelkaufmanns als Gesellschafter eintritt, so gilt dies in noch höherem Masse für den Fall, dass jemand ein ganzes Geschäft übernimmt. Es ist demnach nicht zutreffend, wenn das preussische Obertribunal[45] die Grundidee des Art. 113 darin sehen will, dass der, welcher ein Handelsgeschäft ganz oder teilweise erwirbt, mit dem Erwerbe auch in die bereits vorhandenen Schulden eintritt.

Es spricht noch ein weiterer Grund gegen die analoge Ausdehnung des Art. 113.

Im Falle einer analogen Anwendung kann man den Abs. 2, nämlich die Bestimmung, dass ein entgegenstehender Vertrag Dritten, d. h. den Gläubigern gegenüber unwirksam sei, nicht ausschliessen. Das wäre ebensowenig zulässig, wie die Beschränkung

44) Lutz, Prot. S. 280.

45) cf. Hoffmann, Gruchots Beiträge 11. Jahrg. S. 264.

der Vorschrift auf den Fall der Firmenfortführung. Es würde sich demnach folgendes Ergebnis herausstellen: Wer das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns erwirbt, haftet für die Geschäftsschulden des Veräusserers den Gläubigern gegenüber unter allen Umständen. Denn es ist ihm kein Mittel gegeben, die Haftung auszuschliessen; auch eine Mitteilung an die Gläubiger wäre bedeutungslos. Dieser Rechtszustand würde die Veräusserung eines Handelsgeschäfts in hohem Grade erschweren. Wenn das römische Recht eine bedenkliche Unsicherheit des Verkehrs verschuldete, indem es in Ansehung dinglicher Rechte weder den Grundsatz der Publizität und der Spezialität kannte, noch den gutgläubigen Erwerber schützte, so läge hier ein weit bedenklicherer Fall mangelnder Verkehrssicherheit vor. Denn wer das Eigentum an einer Sache erwirbt, muss nach römischem Recht gewärtig sein, dass ihm diese von einem Dritten, der ein ihm unbekanntes dingliches Recht an derselben hat, wieder abgestritten wird. Der Erwerber eines Handelsgeschäftes aber liefe nach der bekämpften Ansicht eine weit grössere Gefahr. Ihm könnte nicht nur das genommen werden, was er erworben hat, nein er haftet den Gläubigern des Veräusserers auch mit seinem sonstigen Vermögen. Die Folge würde sein, dass ein vorsichtiger Kaufmann nur dann das Geschäft eines anderen übernehmen würde, wenn er diesen als einen durchaus zuverlässigen Menschen kennt. Denn andernfalls müsste er stets befürchten, die Passiva des Geschäfts seien ihm zum Teil ver-

schwiegen; er müsste gewärtig sein, eventuell sein Vermögen oder doch einen grossen Teil desselben einzubüssen! Der Erwerb eines Handelsgeschäfts wäre also ein sehr gewagtes Geschäft. Dass er unter diesen Umständen zu den Seltenheiten gehören würde, bedarf keiner weiteren Belege.

Man wende nun nicht dagegen ein, dass die Verhältnisse im Falle des Eintritts eines Gesellschafters in eine offene Handelsgesellschaft genau so liegen. Gewiss kann auch hier der neu Eintretende durch die Gewissenlosigkeit oder Unvorsichtigkeit seiner Teilhaber einen empfindlichen Vermögensschaden erleiden. Dieser Gefahr setzt er sich hier aber auch noch in einer anderen Richtung aus. Infolge der weitgehenden Vertretungsmacht, die den einzelnen Gesellschaftern zusteht, werden die Gesellschafter durch die von einem Teilhaber vorgenommenen Rechtsgeschäfte solidarisch verpflichtet. Wer nun in eine offene Handelsgesellschaft eintritt, beweist damit, dass er zu seinen nunmehrigen Gesellschaftern das Vertrauen hat, dass sie die ihnen kraft Gesetzes zustehende Vertretungsbefugnis nicht zu seinem Nachteil missbrauchen werden. Er wird sicher die Genossen geprüft haben, ob sie dieses Vertrauens auch würdig sind. Dann aber wird er ihnen auch glauben können, dass sie ihm die Passiva der Gesellschaft vollständig und der Wahrheit entsprechend mitgeteilt haben. Ist das nicht der Fall, so muss er eben den Schaden tragen: qui parum diligentem socium adquirit, de se queri debet.[46]

46) l. 72 pro socio 72,2.

Nicht so bei demjenigen, der das Geschäft von dem früheren Inhaber ganz und allein übernimmt. Von diesem wird man nicht verlangen dürfen, dass er sich über die persönlichen Eigenschaften seines Kontrahenten, zu dem er doch meistens nur vorübergehend in geschäftliche Beziehungen tritt, in gleicher Weise vergewissert wie über die seines socius.

Es ist weiterhin auch nicht einzusehen, warum den Gläubigern eines Kaufmanns im Falle der Geschäftsveräusserung zu dem bisherigen Schuldner noch ein neuer hinzutreten soll. Gegen eine unentgeltliche Veräusserung, welche die Stellung der Gläubiger insofern verschlechtern würde, als ihrem Zugriff Sachen entrückt werden, die ihnen zur Befriedigung hätten dienen können, schützt sie das Recht in anderer Weise, durch die actio Pauliana. Die Vorschrift des Art 113 hat auch nicht darin ihren Grund, dass das berechtigte Interesse der Gläubiger sie erforderte, sondern weil die juristische Natur der offenen Handelsgesellschaft, insbesondere aber die vom Recht anerkannte Trennung des Gesellschaftsvermögens von den Vermögensmassen der einzelnen Gesellschafter eine andere Regelung untunlich erscheinen liess.

Busch[47] macht folgenden Schluss, und das preussische Obertribunal zu Berlin[48] wiederholt ihn wörtlich in dem Urteil vom 1. November 1866: „Wenn derjenige, welcher in eine bestehende „Handelsgesellschaft eintritt, für alle schon vor

47) a. a. O. S. 27 f.
48) Hoffmann a. a. O. S. 263 f.

„seinem Eintritt kontrahierten Schulden haftet, und „selbst ein entgegenstehender Vertrag gegen Dritte „ohne Wirkung ist, so muss dies noch mehr als- „dann gelten, wenn jemand ein bestehendes Handels- „geschäft, mit Ausscheidung des bisherigen Inhabers „allein und ganz übernimmt und unter der bisherigen „Firma fortführt".

Dieser Schluss ist nicht richtig. Unter Bezugnahme auf unsere obigen Ausführungen können wir vielmehr dem entgegensetzen: Wenn die rechtliche Natur des Gesellschaftsvermögens als eines für sich bestehenden Rechtsganzen und die Notwendigkeit, unlösbare Verwicklungen zu vermeiden,[49] es erfordern, dass derjenige, welcher in eine bestehende Handelsgesellschaft als Gesellschafter eintritt, für alle schon vor seinem Eintritt kontrahierten Schulden der Gesellschaft haftet, so darf diese Vorschrift doch nicht auf den Fall ausgedehnt werden, wo jemand ein bestehendes Handelsgeschäft ganz übernimmt, da hier die erwähnte ratio legis nicht zutrifft, die die Vorschrift dagegen wegen ihrer Natur als ius cogens für den Geschäftserwerber grosse Härten in sich schliessen und die Veräusserung eines Handelsgeschäfts demnach in hohem Masse erschweren würde.[50]

2.

Das Resultat unserer bisherigen Untersuchungen ist ein negatives: Der Erwerber eines Handels-

49) Mot. z. preuss. Entwurf Art. 89,

50) cf. auch Regelsberger a. a. O. S. 26 und Hoffmann in Gruchots und Hoffmanns Beiträgen zur Erläuterung d. preuss. Retc. S. 268.

geschäfts haftet als solcher nicht für die von dem Veräusserer kontrahierten Geschäftsschulden.

Nun ist von vielen Seiten die Behauptung aufgestellt worden, der Erwerber haftete zwar nicht als solcher, wohl aber dann, wenn er das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführe. Auch diese Ansicht ist in verschiedener Weise begründet worden.

Zwei von diesen Begründungen haben wir schon kennen gelernt:

Mommsen meint, die Firma sei das äussere Zeichen der Identität des Geschäfts. Werde dieses also von dem Erwerber unter der bisherigen Firma fortgeführt, so bleibe das Subjekt der im Geschäftsbetriebe entstandenen Forderungen und Verbindlichkeiten dasselbe. Wir haben gefunden, dass dem Geschäft keine Rechtspersönlichkeit zuzuerkennen ist.

Busch will die Haftung des Firmenerwerbers aus der analogen Anwendung des Art. 113 ADHGB. ableiten. Es wurde schon erwähnt, dass wenn eine analoge Anwendung dieses Artikels überhaupt zulässig ist, die Tatsache, ob das Geschäft unter der bisherigen Firma fortgeführt wird oder nicht, mit Rücksicht auf Art. 113 Abs. 2 keinen Unterchied in der rechtlichen Beurteilung bewirken kann.

Für die Ansicht, dass der Erwerber der Firma für die Geschäftsschulden des Veräusserers hafte, sind noch verschiedene andere Beweise geführt worden, die jetzt zu prüfen sind.

a) Zunächst hat man der Firma juristische Persönlichkeit beilegen wollen.[51] Das unter einer

51) cf. Hassenpflug in Elvers Themis Bd. 1 S. 59.

Firma betriebene Geschäft sei selbständiges Rechtssubjekt, Träger der unter Gebrauch der Firma kontrahierten Forderungen und Schulden. Nach dieser Theorie soll also nicht jedes Geschäft, sondern nur das unter einer bestimmten Firma betriebene Rechtsfähigkeit geniessen. Ausgeschlossen wären also mit Rücksicht auf Art. 10 ADHGB. insbesondere die Geschäfte der sog. Minderkaufleute.

Sehr nahe steht dieser Ansicht die Auffassung der Firma als quasiiuristische Person, die das königliche Obertribunal zu Berlin in dem schon erwähnten, vielfach angefochtenen Urteil vom 1. November 1866 vertreten hat. In demselben heisst es:[52] „Wiewohl „das unter einer bestimmten Firma geführte Handels„geschäft sich nicht als ein Rechtssubjekt im streng „juristischen Sinne betrachten lässt, so bildet doch „ein solchels Handelsgeschäft ein für sich bestehendes „und abgeschlossenes Ganze, zu welchem als inte„grierende Teile nicht nur die Warenvorräte und „Utensilien, sondern auch die ausstehenden Handels„forderungen und kontrahierten Handelsschulden ge„hören. Dieses Ganze, welches allerdings nicht als „eine wirliche universitas iuris anzusehen ist, sich „vielmehr an sich nur als eine sog. universitas facti „charakterisiert, wird in der Handelswelt dergestalt „als ein einheitlicher Komplexus aufgefasst, dass, „welche Personen auch die Träger der Firma sein „mögen, dadurch diese Einheit an sich nicht alteriert „wird, solche vielmehr ungeändert und ungetrennt „fortbestehen bleibt."

52) Hoffmann a. a. O. S. 261 f.

Im Grunde genommen sieht also das Obertribunal in dem Firmengeschäft eine juristische Person Es will ihm nur nicht den Namen zuerkennen. Das macht in der Sache selbst natürlich keinen Unterschied.

Gegen diese Ansichten spricht zunächst alles, was gegen die Rechtsfähigkeit des Geschäfts gesagt wurde. Es erübrigt hier nur noch, des Wesen der Firma zu untersuchen und dann zu prüfen, ob sich aus diesem ein Beweis für die Auffassung des Firmengeschäfts als selbständiges Rechtssubjekt ergiebt.

Wenn wir zunächst einen Blick auf die historische Entwicklung der Firma werfen, so sehen wir, dass anfangs nur die offene Handelsgesellschaft eine Firma führte, erst später auch der Einzelkaufmann. Denn für diesen war ja keine besondere Bezeichnung erforderlich, da er seinen bürgerlichen Namen hatte. Daraus geht hervor, dass die Firma den bezw. die Inhaber des Geschäfts bezeichnen sollte. Von dieser Auffassung geht auch das ADHGB. aus, wenn es in Art. 15. sagt: „Die Firma eines Kaufmannes ist „der Name, unter welchem er im Handel seine Ge„schäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt."

Trotz des klaren Wortlauts dieser Legaldefinition führt das Obertribunal in dem angeführten Urteil aus: „Dadurch, dass dem Geschäft ein besonderer Name „beigelegt ist, dass das Geschäft durch diese seine „Firma nach aussen hin repräsentiert und dass beide „von einander unzertrennlich sind, ist dem unter „der Firma geführten Geschäft eine Art von Persön„lichkeit beigelegt."[53]

53) Hoffmann a. a. O. S. 262.

Auch Mommsen[54] will die Definition des Art. 15 nicht anerkennen und an ihre Stelle setzen: „Die „Firma eines Kaufmanns ist der Name seines Geschäfts, „unter welchem er u. s. w. Die Firma sei das „äussere Zeichen der Identität des Geschäfts."

Die Gründe, welche Mommsen für seine Auffassung vorbringt, sind folgende;

1. Nach Art. 22 kann derjenige, welcher ein bestehendes Handelsgeschäft durch Vertrag oder Erbgang erwirbt, dasselbe unter der bisherigen Firma fortführen. „Ein derartiger Übergang auf den Nach- „folger sei aber unmöglich, wenn die Firma wirklich „der Handelsname des Kaufmanns ist, ebenso unmög- „lich, wie eine Zession des gewöhnlichen, ausser- „kaufmännischen Namens es in der Tat sei."[55]

Gegen diese Ausführungen spricht zunächst, wie Simon[56] mit Recht bemerkt, der Umstand, dass manchen Rechten die Übertragbarkeit der Firma fremd,[57] diese demnach nicht wesentlich für den Begriff der Firma ist, denn ein solcher Begriff darf nicht lediglich nach deutschem Recht bestimmt werden.

Ferner ist in der Tat nicht einzusehen, warum die Übertragung des Handelsnamens eines Kaufmanns nicht ebenso gut statthaft sein soll, wie die Übertragung des Familiennamens des Ehemannes auf die Frau, des pater adoptans auf das Adoptivkind. Allerdings soll die Firma nicht willkürlich zum

54) a. a. O. 209.

55) a. a. O. S. 207.

56) a. a. O. S. 145.

57) cf. Code de commerce art. 21: Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale.

Gegenstand des Handelsverkehrs gemacht werden, ebensowenig wie der bürgerliche Name nach Belieben veräussert werden kann, und deshalb verbietet Art. 23 die Veräusserung der Firma abgesondert von dem Geschäft, für welches sie bisher geführt wurde. Wenn aber das Gesetz, unter Berücksichtigung berechtigter Interessen des Handelsstandes die Übertragung der Firma zusammen mit dem Geschäft gestattet, so wird dadurch die Firma noch nicht ihrer Natur als Handelsname des Kaufmanns entkleidet. Beides lässt sich vielmehr sehr wohl mit einander vereinigen.

2. Weiter wird Art. 23 zur Begründung der bekämpften Ansicht herangezogen. Wenn die Veräusserung der Firma nur in Verbindung mit dem Geschäft zulässig ist, so sei dies ein zwingender Beweis dafür, dass sie als Name eben dieses Geschäftes aufzufassen sei.[58] Diese Folgerung ist nicht richtig, die Vorschrift des Art. 23 beruht auf einer ganz anderen Erwägung.

Das ADHGB. statuiert in Art. 16 den Grundsatz der Firmenwahrheit, d. h. die Firma als der Handelsname des Kaufmanns soll auch den wirklichen Inhaber des Geschäfts bezeichnen. Dieses Prinzip durchbricht Art. 22. Eine solche Ausnahme entspricht, wie schon erwähnt, einem berechtigten Interesse des Handelsstandes. Ist es schon schwierig für den Erwerber eines Geschäftes, dieses in der alten Weise weiterzuführen trotz des Wechsels in der Person des Inhabers, so wird ihm dies noch mehr

58) Mommsen a. a. O. S. 208.

erschwert, wenn er gezwungen wird, auch die frühere Firma zu ändern. Namentlich im Verkehr mit dem Ausland[59] ist eine, wenngleich nur geringe, Änderung der Firma stets mit Nachteilen verknüpft. Um daher dem Erwerber sein Fortkommen zu erleichtern, hat das HGB. den Grundsatz der Firmenwahrheit nicht so strikt durchgeführt, wie z. B. der code de commerce und das Schweizer Obligationenrecht,[60] sondern durch Art. 22 eine Ausnahme zugelassen für den Fall des Erwerbs eines schon bestehenden Handelsgeschäfts. Art. 23 beschränkt nun die Möglichkeit einer Abweichung von dem Prinzip der Firmenwahrheit auf die Fälle, wo ein wirkliches, vom Recht als schutzwürdig anerkanntes Interesse der Beteiligten vorhanden ist. Ohne die Vorschrift des Art. 23 wäre der in Art. 16 ausgesprochene Grundsatz der Firmenwahrheit illusorisch: er könnte mit Leichtigkeit umgangen werden, indem der Kaufmann, der seinen Namen nicht in die Firma seines neu begründeten Geschäfts aufnehmen will, von einem andern dessen Firma erwürbe. Art. 23 verfolgt also einen rechtspolizeilichen Zweck; ein Beweis für die Natur der Firma als Name des Geschäfts kann aus ihm nicht gefolgert werden.

3. Wenn in der erwähnten Entscheidung des preussischen Obertribunals behauptet wird, das Geschäft werde durch seine Firma nach aussen hin repräsentiert, und beide seien von einander unzer-

59) Bericht der Reichstagskomm. über den Entw. eines HGB. S. 14 ff.

60) Art. 866, 867.

trennlich, so ist demgegenüber einmal darauf hinzuweisen, dass nach Art. 10 des ADHGB. die Geschäfte der sog. Minderkaufleute keine Firma führen, und sodann, dass zwar die Veräusserung der Firma ohne das Geschäft, nicht aber umgekehrt die Veräusserung des Geschäfts ohne die Firma unstatthaft ist.

Sind demnach die aufgeführten Gründe nicht geeignet zu beweisen, was sie beweisen sollen, so sprechen andrerseits gewichtige Gründe für die hier vertretene Ansicht:

1. Wäre die Firma Name des Geschäfts, so würde es dem Grundsatz der Firmenwahrheit, den das HGB. prinzipiell anerkannt, weit mehr entsprechen, wenn sie dem Gegenstande des Unternehmens entlehnt werden müsste, oder wenn dieser wenigstens neben dem Namen des Inhabers zum Ausdruck käme. „Alfred Krupps Gussstahlfabrik" ist zur Bezeichnung des Geschäfts doch weit passender als „Alfred Krupp." Nun kann ja allerdings der Inhaber auch eine solche Firma wählen, aber es ist ihm doch nicht kraft zwingender Gesetzvorschrift anbefohlen, und in der Tat ist der einfache Name des Inhabers als Firma die Regel. Sehr beachtenswert ist es andrerseits, dass im französischen Recht die Geschäftsbezeichnung, unter der eine Aktiengesellschaft im Handelsverkehr auftritt, deshalb nicht als Firma derselben angesehen wird, weil sie nicht die Namen der Gesellschafter enthält, sondern dem Gegenstande des Unternehmers entlehnt ist.[61] Hier schliesst

61) cf. Code de commerce art. 29: La societé anonyme n'existe point sous un nom social: elle n'est designée par le nom d'aucun des associés.

also ein Sachname den Begriff der Firma überhaupt aus.

2. Wäre die Firma Geschäftsname, so müsste sie ipso iure mit dem Geschäft auf den Erwerber übergehen. Wenn man beim Übergang des Geschäfts demnach einen Wechsel der Firma für zulässig erachten wollte, so bedürfte dies einer ausdrücklichen Bestimmung. Art. 22 bestimmt aber im Gegenteil ausdrücklich, dass beim Erwerb des Geschäfts die Fortführung der bisherigen Firma gestattet ist. Wenn das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt, so geht daraus hervor, dass es diesen Fall als Ausnahme ansieht, den Wechsel der Firma als die Regel.

3. § 21 des neuen HGB. bestimmt: „Wird ohne „eine Änderung der Person der Name des Ge„schäftsinhabers oder der in der Firma enthaltene „Name eines Gesellschafters geändert, so kann die „bisherige Firma fortgeführt werden."

Diese Vorschrift wurde von der Reichstagskommission in den Entwurf eingefügt, weil häufig Damen, welche ein Handelsgeschäft unter einer ihren Mädchennamen enthaltenden Firma betreiben, bei ihrer Verheiratung vom Registerrichter angehalten wurden, ihre Firma zu ändern und mit ihrem neuen Namen in Einklang zu bringen. Hierdurch erlitten sie häufig pekuniären Schaden und wurden deshalb von der Eingehung der Ehe abgehalten.[62] Wäre die

art. 30: Elle est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise.

62) Bericht der Reichstagskommission S. 17

Firma Name des Geschäfts, so wäre § 21 unnötig, da er sich von selbst verstände.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, dass die Firma, dem klaren Wortlaut des Art. 15 ADHGB. entsprechend als der Handelsname des Kaufmanns anzusehen ist. Die daneben, namentlich bei Gasthäusern und Apotheken, vorkommenden Geschäftsbezeichnungen sind durchaus verschiedener Natur. Insbesondere geniessen sie keinen Firmenschutz. Erst in neuerer Zeit ist ihnen durch das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs[63] ein Schutz zuteil geworden. Nach französischem Recht geht übrigens die Geschäftsbezeichnung (l'enseigne) ipso iure auf den Erwerber über, während die Firma (la raison sociale) überhaupt nicht übertragen werden kann. [64]

Das unter einer bestimmten Firma betriebene Geschäft, oder kurz die Firma, ist also kein selbständiges Rechtssubjekt. Dass es allerdings im kaufmännischen Verkehr vielfach als solches angesehen wird, lässt sich nicht bestreiten. Ja, mit einer gewissen Berechtigung kann man auch wohl sagen, die Firma geniesse Kredit, wenn man nämlich damit meint, dass der Erwerber eines Geschäfts, das in gutem Ruf steht, mehr Vertrauen in Handelskreisen geniesst, wenn er die bisherige Firma beibehält, als wenn er sie ändert. Dies beruht auf der in den weitaus meisten Fällen gewiss durchaus gerechtfertigten Auffassung, dass der bisherige Inhaber

63) cf. § 8 dieses Gesetzes.
64) cf. Simon a. a. O. S. 147.

Geschäft und Firma doch nicht auf einen Menschen übertragen wird, von dem er erwarten muss, dass er dem alten Namen seinen Glanz rauben wird. Der Inhaber eines angesehenen Handelshauses wird bei der Veräusserung doch nicht lediglich auf pekuniäre Vorteile sehen. Es ist ein Ehrenpunkt für ihn, dass die Firma, das Wappenschild des Kaufmanns, auch weiterhin in fleckenloser Reinheit erstrahlt. „Es ist dies ein berechtigter Zug kaufmännischer Romantik."[65]

Immerhin ist in erster Linie die Person des Inhabers Träger des Kredits und des Renommees. Kein vorsichtiger Kaufmann wird einer bisher angesehenen Firma weiterhin grossen Kredit gewähren, wenn er weiss, dass in der Person des Inhabers ein Wechsel stattgefunden hat, und der neue Inhaber keinen Kredit verdient.

b. In ganz eigenartiger Weise will von Völderndorff[66] den Übergang der Geschäftsschulden auf den Firmenerwerber begründen.

Nach ihm ist nicht das unter der Firma betriebene Geschäft Subjekt der in dem Handelsbetriebe entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten,[67] sondern die von der physischen Person getrennt gedachte Funktion des Kaufmanns im Verkehrsleben, die kaufmännische Persönlichkeit. Diese ist also ein von dem physischen Menschen losgelöstes, mit

65) Gerber S. 259 Anm. 6.

66) Anschütz u. v. Völderndorff Kommentar zum ADHGB. S. 134 ff.; 191 ff.

67) v. V's. Auffassung ist nicht klar. In Endemanns Hdb. S. 188) betrachtet er das Geschäft als Rechtssubjekt.

rechtlicher Selbständigkeit bekleidetes Substrat.[68] Auch dann, wenn der einzelne Mensch als solcher als Rechtssubjekt auftritt, ist die physische Person und die rechtliche Persönlichkeit von einander zu unterscheiden und letztere als eine besondere Funktion der ersteren aufzufassen und zu behandeln.[69]

Eine derartige Trennung ist m. E. nicht zulässig. Man kann den Menschen nicht in zwei Teile zerlegen, eine physische Person und eine rechtliche Persönlichkeit. Die Rechtsfähigkeit ist eine Eigenschaft, die dem Menschen anhaftet, man kann sie nicht von dem Menschen loslösen und sie seiner physischen Person als ein ausserhalb derselben Seiendes, als rechtliche Persönlichkeit gegenüberstellen. Der Mensch kommt für das Recht nur als rechtliche Persönlichkeit, d. h. als Träger von Rechten und Verbindlichkeiten inbetracht. Die Naturwissenschaft stellt einen ganz anderen Begriff „Mensch" auf. Diese beiden Begriffe sind nun nichts von einander Verschiedenes, sie umfassen vielmehr dasselbe Objekt. Der Unterschied beruht in der Verschiedenheit der Betrachtungsweise; man kann ihn nicht in die eine, die juristische Betrachtungsweise, noch einmal hineintragen.

von Völderndorff[70] fährt dann fort: „Diese Funktion im Rechtsleben hat sich nun mit „hervorragender Schärfe stets im Gebiete des „Handelsverkehrs abgehoben; nirgends sind der

68) a. a. O. S. 135.
69) a. a. O. S. 135.
70) a. a. O. S. 135.

„Mensch und die Person so strenge unterschieden,
„als im Kaufmannsstande; hier tritt die kauf-
„männische Persönlichkeit vollständig selbsttätig
„auf, sie hat ein von dem Leben ihres physischen
„Trägers häufig unabhängiges Leben, sie hat einen
„von dem Namen ihres physischen Trägers häufig
„verschiedenen Namen."

Demgegenüber ist einzuwenden, dass die „kaufmännische Persönlichkeit" doch nicht identisch ist mit der „rechtlichen Persönlichkeit" des Kaufmannes. Denn der Kaufmann ist doch auch als Privatmann Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten. Es kann daher, die oben gemachte Unterscheidung zwischen dem physischen Menschen und der rechtlichen Persönlichkeit zugegeben, die kaufmännische Persönlichkeit wiederum nur ein Teil der rechtlichen Persönlichkeit sein. Beim Kaufmann ist also dreierlei zu unterscheiden: er ist einmal Mensch, d. h. physische Person, sodann kaufmännische Persönlichkeit, d. h. Subjekt von Rechten und Pflichten im Handelsverkehr, und schliesslich noch Privatpersönlichkeit, d. h. Subjekt von Rechten und Pflichten im Privatverkehr.

Es scheint, wie gesagt, nicht zulässig, die verschiedenen Richtungen, in denen sich die Lebensäusserungen eines Menschen bewegen, zu selbständigen Rechtssubjekten oder Rechtsgebilden zu erheben. Das Rechtssubjekt bleibt immer dasselbe, ebenso wie der Fiskus eine Person ist, mag er im Verkehr auch in der verschiedensten

Weise auftreten, als Militär-, Marine-, Eisenbahnfiskus. Das was v. Völderndorff unter kaufmännischer Persönlichkeit versteht, ist kein vom Recht anerkannter oder in der Rechtswissenschaft irgendwie verwertbarer Begriff.

von Völderndorff folgert nun aus seiner Theorie, dass der Firmenerwerber für die Firmenschulden hafte, ähnlich wie der Erbe für die Nachlassschulden. Denn wie der Erbe die Person des Erblassers fortsetzt, so tritt derjenige, welcher ein Handelsgeschäft mit der Firma erwirbt, in die kaufmännische Persönlichkeit des Veräusserers ein. „Soll die Bezeichnung der kaufmännischen Per„sönlichkeit, d h. die Firma, auf einen anderen über„gehen, so kann das nur so geschehen, dass dieser „andere vollkommen in die bisherige kaufmännische „Persönlichkeit eintritt, dass er das Geschäft als „solches in seiner Gesamtheit übernimmt, dass er „die Person des bisherigen Inhabers in seiner eigenen „Person fortsetzt.“[71] Aus dieser Konstruktion wird gefolgert, dass „wer die Firma führt, unbedingt und „unbeschränkt für alle Schulden des Geschäftes, „welches unter der Firma geführt wird, ohne Rück„sicht darauf, welche physische Person als Geschäfts„inhaber dieselben kontrahiert hat, haftet.“[72]

Dieser Schluss fällt mit der Prämisse, auf der er sich aufbaut.

c) Es erübrigt noch, zu untersuchen, ob die

71) a. a. O. S. 193.
72) a. a. O. S. 194.

Haftung des Firmenerwerbers für die Firmenschulden aus Art. 23 HGB. folgt.

1. Behrend[73] will, wie schon erwähnt wurde, unter dem Handelsgeschäft im Sinne des Art. 23 das Handelsvermögen verstehen. Diese Auffassung haben wir oben zu widerlegen versucht. Wir haben gefunden, dass für den Übergang des Geschäfts der Übergang der Forderungen und Schulden nicht wesentlich ist. Es kann also hier auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

2. Anders deduziert Thöl[74] aus Art. 23 die Haftung des Firmenerwerbers.

Dieser sieht im Art. 23 den Übergang des Handelsgeschäftes nicht als Voraussetzung des Firmenerwerbers, sondern als unabwendbare Folge desselben an, und identifiziert dann den Begriff des Handelsgeschäftes mit dem Handelsvermögen i. e. S., d. h. Forderungen und Schulden.

Der Art. 22[75], führt Thöl aus, wird in verschiedener Weise interpretiert. Manche lesen ihn so:

„Nur wer ein bestehendes Handelsgeschäft „erwirbt, kann dasselbe unter der bisherigen Firma „fortführen, und auch nur dann, wenn der „bisherige Geschäftsinhaber in die Fortführung der „Firma ausdrücklich willigt".

Danach ist also die Übertragung der Firma auf einen andern an zwei Voraussetzungen geknüpft.

73) in s. Z. Bd. IV.

74) Thöl, Praxis des Handelsrechts und Wechselrechts Bd. 1 S. 1—19.

75) a. a. O. S. 5.

Der Firmenerwerber muss einmal auch das Handelsgeschäft erwerben, für welches die Firma bisher geführt wurde, sodann muss aber auch noch ausserdem der bisherige Geschäftsinhaber ausdrücklich in die Fortführung der Firma willigen. Statuiert demnach schon Art. 22 den Übergang des Geschäfts als Voraussetzung für die Fortführung der Firma, so ist Art. 23 nicht zu erklären. Denn entweder sagt er ganz dasselbe wie Art. 22, und dann ist er überflüssig. Dieser Auslegung tritt also schon der Vorwurf der Ineleganz entgegen, den man nun dem HGB. machen muss. Oder aber er knüpft an den Erwerb der Firma als notwendige Folge den Geschäftsübergang. Dies wäre ein Widerspruch zu Art. 22, nach dem der Geschäftserwerb vielmehr Voraussetzung des Firmenerwerbs sein soll.

Nun lässt aber Art. 22 auch noch folgende Deutung zu:

„Wer ein bestehendes Handelsgeschäft erwirbt, „kann dasselbe nicht schon deshalb, sondern „nur dann unter der bisherigen Firma fort„führen, wenn der bisherige Geschäfts„inhaber in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigt".[76]

Nach dieser Interpretation handelt Art. 22 nur von dem Fall, dass die Firma zugleich mit dem Geschäft übertragen wird. Er äussert sich nicht darüber, ob dies der einzige Fall ist, wo die Veräusserung der Firma statthaft ist. Jetzt hat auch Art. 23 einen Zweck.

76) a. a. O. S. 5.

Obgleich der Art. 2[1], wenn er allein betrachtet wird, sehr wohl die erste Interpretation zulässt, so ist doch zuzugeben, dass im Hinblick auf Art. 23 nur die zweite Interpretation die richtige sein kann.

Art. 23 bestimmt also, dass, wenn ein Kaufmann die Firma ohne das Handelsgeschäft veräussert, die von ihm und dem Kontrahenten gewollte Wirkung nicht eintritt. Es fragt sich nun, welche ungewollte Wirkung eintritt, ob weder das Geschäft noch die Firma, oder ob beide übergehen. Da der Art. 23 hierüber nichts enthält, so ist dies aus innern Gründen zu entscheiden.[77] Die Frage ist identisch mit der, ob für die gültige Veräusserung der Firma die Verräusserung des Geschäftes Voraussetzung, oder ob vielmehr der Übergang des Geschäftes unabwendbare Folge der Veräusserung der Firma ist.

Thöl nimmt das letztere an: „Wer die bis-„herige Firma erwirbt und fortführt, der hat dadurch „unvermeidlich auch das Handelsgeschäft".[78]

Da nun offenbar diese Bestimmung nur im Interesse des Publikums gegeben ist, so sind unter Handelsgeschäft nur „die unter Gebrauch der bisherigen Firma begründeten Forderungen und Schulden zu verstehen".[79] Denn an dem Übergang der Forderungen haben die Schuldner, an dem Übergang der Schulden die Gläubiger ein Interesse.

77) cf. a. a. O. S. 7.
78) a. a. O. S. 15.
79) a. a. O. S. 15.

Hier wird also nicht etwa das Geschäft mit dem Geschäftsvermögen identifiziert. Denn es sollen nur die Forderungen und Schulden übergehen. Ob die sonstigen Aktiva übergehen, folgt nicht aus Art. 23

Die Forderungen — so deduziert Thöl weiter — müssen übergehen, weil den Schuldnern, die ihren Gläubigern meist nicht persönlich gegenübertreten, die Möglichkeit geboten sein muss, die mit der Firma kontrahierten Schulden auch an die Firma zu zahlen. Man könne von ihnen nicht verlangen, sich vor der Zahlung zu unterrichten, ob nicht inzwischen in der Person des Inhabers ein Wechsel stattgefunden habe.

Dem gegenüber bemerkt Simon[80] mit Recht, dass „diese Gefahr nichts für die Firmenverhältnisse „Eigentümliches ist; sie ist stets vorhanden, wenn „mehrere Personen denselben Namen tragen". Über dies wird der Schuldner, welcher in Unkenntnis über den Wechsel in der Person des Inhabers zahlt, durch Art. 25, Abs. III geschützt, wenn seine Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruht; er würde in diesem Falle durch Leistung an den neuen Inhaber liberiert, ohne dass die Forderungen auf diesen übergegangen sind.

Die Schulden, fährt Thöl in seinem Gedankengang fort, sollen übergehen, damit dem Gläubiger, der zugleich Schuldner ist, die Möglichkeit der Kompensation erhalten bleibe. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

80) a. a. O. S. 156.

1. Die Schuld und die Forderung sind vor dem Firmenübergang entstanden. Hier kann der Dritte schon deshalb aufrechnen, weil er dem Zessionar die Einwendungen entgegensetzen darf, die ihm gegen den ursprünglichen Gläubiger zustanden. Thöl will diesen Einwand allerdings nicht gelten lassen. Aber für uns erledigt sich diese Frage schon dadurch, dass wir den Übergang der Forderungen nicht zugeben.

2. Ein Dritter hat eine Forderung gegen den bisherigen Inhaber der Firma. Nach der Veräusserung wird er nun auch Schuldner. Thöl[81] führt folgendes Beispiel an: Jemand hat dem Inhaber eines Geschäfts einen Vorschuss auf noch zu machende Bestellungen geleistet. Er sendet nun, nachdem, ohne dass er es weiss, ein neuer Inhaber an die Stelle des früheren getreten ist, die Bestellungen an die Firma ab; der neue Inhaber führt sie aus. Jetzt müsste der Besteller diesem Zahlung leisten und könnte sehen, wie er seine Deckung von dem früheren Inhaber zurückbekäme, wenn nicht Art. 23 diese Machinationen unmöglich machte, da die Schuld auf Leistung der bestellten Ware gegen die schon geleistete Vergütung auf den Erwerber der Firma übergegangen ist.

Es ist nicht einzusehen, warum das Interesse des Bestellers in diesem Falle mehr berücksichtigt werden soll, als das des Erwerbers der Firma. Will der frühere Inhaber die Deckung nicht gutwillig herausgeben, so scheint es doch weit gerechter,

81) a. a. O. S. 17.

dass der Besteller, der ihm dann eben zu viel Vertrauen geschenkt hat, die Folgen trägt, als dass der Firmenerwerber für den bösen Willen oder die Nachlässigkeit seines Vorgängers verantwortlich gemacht wird.

Will man also den Übergang der Forderungen und Schulden mit Gründen der Rechtspolitik beweisen, so sprechen ebenso gewichtige, oder vielleicht noch gewichtigere Gründe dagegen.

Es ist mithin daran festzuhalten, dass im Art 23 der Geschäftserwerb nicht die unabwendbare Folge, sondern die Voraussetzung für den Erwerb der Firma bildet.

Ist der Übergang der Firma ohne das Geschäft vereinbart worden, so ist der Vertrag nichtig. Es ist allerdings zuzugeben, dass diese Wirkung aus dem Wortlaut des § 23 des neuen HGB. weit deutlicher ersichtlich ist, als aus Art 23 des ADHGB.

Wenn Thöl meint, dass eine derartige Bestimmung in niemandes Interesse liege, so kann dem nicht zugestimmt werden. Die Vorschrift liegt allerdings nicht im Interesse der Kontrahenten, wohl aber in dem des Publikums. Dieses hat nämlich ein Interesse daran, dass eine Ausnahme von dem Grundsatz der Firmenwahrheit nur in den Fällen zugelassen wird in denen sie durch schutzwürdige Interessen des Handelsstandes geboten ist, nämlich dann, wenn zugleich das Geschäft übergeht. Art. 23 enthält also eine rechtspolizeiliche Vorschrift.

Thöl meint nun, es sei garnicht möglich, präzise zu bestimmen, was unter dem Handels-

geschäft, wenn es als Voraussetzung aufgefasst werde, zu verstehen sei.[82]

Allerdings führt die Ansicht von Hahns,[83] dass der grössere Teil der mit dem Betrieb des Handelsgewerbes in Beziehung stehenden Rechtsverhältnisse übergehen müsse, zu unbefriedigenden Ergebnissen.

Legen wir aber dem Handelsgeschäft die Definition zu Grunde, welche oben als die richtige erkannt wurde, so bestimmt Art. 23:

„Der Übergang der Firma ist nur erlaubt, wenn „der Erwerber derselben zugleich das Geschäft „erwirbt, d. h. dem bisherigen Inhaber gegen„über den Anspruch erhält, in die Lage „gebracht zu werden, dass er objektiv fähig „ist, das Handelsgewerbe wie der Vorgänger „zu betreiben".[84]

B.

Sinn und Zweck dieser Vorschrift können nicht zweifelhaft sein.

In den bisherigen Ausführungen wurde der Nachweis zu führen versucht, dass die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts mit oder ohne Firma für die Geschäftsschulden des Veräusserers weder aus dem Begriff des Handelsgeschäfts oder der Firma folgt, noch das ADHGB. eine Vorschrift enthält, aus der die Haftung hervorgeht.

82) a. a. O. S. 8.
83) a. a. O. S. 105 cf. Behrend S. 437 l.
84) Simon S. 158.

Insoweit nun das HGB. keine Bestimmungen enthält, kommen in Handelssachen die Handelsgebräuche, d. s. die objektiven Rechtsnormen des Handelsgewohnheitsrechts[85] zur Anwendung. Es fragt sich demnach, ob sich ein Gewohnheitsrecht dieses Inhalts, sei es als gemeines oder als partikulares Recht in einzelnen Gebieten gebildet hat.

Die Bildung eines gemeinen Gewohnheitsrechts, nach der der Erwerber des Geschäfts als solcher, oder doch wenigstens dann, wenn er das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt, für die Geschäftsschulden hafte, dürfte zu verneinen sein.

[86] „Jedenfalls bekundet die tägliche Erfahrung, „dass die Übernahme von Handelsgeschäften in den „mannigfaltigsten Abwechselungen vorkommt, und „der von dem Kaufmannsstande allgemein geübte „Gebrauch, die Bedingungen des Geschäftsüberganges „in jedem einzelnen Fall durch Zirkulare zur Kenntnis „des kaufmännischen Publikums zu bringen, zu„sammengehalten mit dem verschiedenartigen Bestand „dieser Bedingungen, erweiset zur Genüge, dass die „rechtliche Überzeugung von dem Eintritte gleich„mässiger, mit jedem Geschäftsübergange nach dem „Gesetze innerer Notwendigkeit sich vollziehender „Rechtsfolgen in der faktischen Übung des Kauf„mannsstandes keinen genügenden Ausdruck findet."

Es kann nun nicht Aufgabe unserer Darstellung sein, des Näheren zu untersuchen, inwieweit partikulare Gewohnheitsrechte entstanden sind, welche

85) cf. Lithauer zu Art. 1 Anm. c.
86) ROHG. Anm. I S. 67.

an den Übergang des Geschäfts mit oder ohne Firma unmittelbar die Haftung des Erwerbers für die Geschäftsschulden knüpfen. Nur darauf mag hingewiesen werden, dass für Hamburg ein Gewohnheitsrecht des Inhalts behauptet wurde und auch durch Entscheidungen der Hamburger Gerichte wiederholt anerkannt war, dass der Firmenübernehmer für die unter dem bisherigen Inhaber der Firmen entstandenen Geschäftsschulden hafte. Eine entgegenstehende Vereinbarung zwischen Veräusserer und Erwerber sollte wirkungslos sein. Das Hamburger Firmenbüreau überschrieb eine Firma nicht, wenn der Übernehmer die Haftung ausschliessen wollte. Die Gerichte haben auf Beschwerden der Beteiligten dies gebilligt.[87]

C.

In Ermangelung eines Handelsgewohnheitsrechts ist unsere Frage nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht zu entscheiden.

Mit der Veräusserung des Geschäfts ist, wie wir oben gesehen haben, nicht auch notwendig der Übergang des Geschäftsvermögens verbunden. Es ist denkbar, dass eine Geschäftsveräusserung auch dann vorliegt, wenn kein Stück des Geschäftsvermögens von dem Erwerber übernommen wird; als Beispiel wurde der Fall genannt, dass das ganze Unternehmen lediglich auf der Ausbeutung eines Geschäftsgeheimnisses beruht. Häufig wird es genügen, dass einige Vermögensstücke auf den Er-

87) cf. Wulff in d. hanseat Gerichtsz. Jahrg. 1897 No. 51.

werber übergehen, um die Identität des Geschäftsbetriebes zu wahren. Die Regel aber wird es sein, dass der Erwerber eines Handelsgeschäfts auch das gesamte Geschäftsvermögen übernimmt. Nun wird von manchen Schriftstellern behauptet, auf Grund des Erwerbes eines Vermögens hafte der Erwerber den Gläubigern unmittelbar für die auf dem Vermögen lastenden Schulden, demgemäss hafte der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die Geschäftsschulden, wenn er das Geschäftsvermögen mit übernimmt.

Der behauptete Rechtssatz lässt sich aus den Quellen nicht belegen. Vielmehr bestimmen diese gerade im Gegenteil,[88] dass der Übernehmer eines Vermögens, selbst wenn er dem Veräusserer gegenüber verpflichtet ist, die Schulden zu bezahlen, doch deshalb noch nicht den Gläubigern unmittelbar haftet. Die Frage ist also, ob sich ein Gewohnheitsrecht dieses Inhalts gebildet hat.

Es lässt sich nicht leugnen, dass in vielen Fällen ein praktisches Bedürfnis dafür vorhanden ist, den Gläubigern ein unmittelbares Recht gegen den Übernehmer einzuräumen.

Das haben auch die neueren Kodifikationen nicht verkannt. So heisst es im ALR. § 19 Anh. zu § 646 Titel I, „dass auf den Fall, wo ein ganzer „Vermögensinbegriff durch einen Vitalizien- oder „Alimentenkontrakt übertragen wird, der Grundsatz „gilt, dass unter Vermögen nur dasjenige, was nach

88) l. 72 pr. D. de iure dotium 23 3.

„Abzug der Schulden übrig bleibt, verstanden „werden kann."

Noch weiter geht der Code civil. Dieser bestimmt allgemein, dass, wenngleich Verträge gewöhnlich nur zwischen den Parteien wirken, dennoch die Gläubiger alle Rechte und Klagen ihrer Schuldner, mit Ausnahme der höchstpersönlichen, geltend machen könne.[89] Demnach kann also der Übernehmer, wenn er dem Veräusserer des Vermögens zur Begleichung der Schulden verpflichtet ist, von den Gläubigern unmittelbar in Anspruch genommen werden. Aber auch wenn eine Verpflichtung gegenüber dem Veräusserer nicht vorhanden ist, haftet er dennoch den Gläubigern; denn „les biens du „débiteur sont le gage commun de ses créanciers."[90] Die Schulden werden als auf dem Vermögen lastend angesehen.

Ob aber ein Gewohnheitsrecht so allgemeinen Inhalts auch für das gemeine Recht anzuerkennen ist, dürfte doch sehr zu bezweifeln sein. Allerdings wird den Gläubigern von Theorie und Praxis[91] fast allgemein ein unmittelbares Recht gegen den Übernehmer eingeräumt, wenn dies der Wille der

89) art. 1165: Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes: elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.

art. 1166: Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs, á l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés á la personne.

90) art. 2093; Code civil — cf. Zachariä § 583.

91) So RG. Bd. 17 S. 101.

Kontrahenten war. Hier wird also ein pactum in favorem tertii anerkannt. Aber ohne oder gegen den Willen der Kontrahenden, also unmittelbar kraft Gewohnheitsrechtes auf Grund der Tatsache der Vermögensübernahme, ist der Übernehmer den Gläubigern nicht verhaftet.[92]

Aber selbst wenn man zugeben will, dass der Übernehmer eines Vermögens den Gläubigern unmittelbar haftet, so kann dieser Satz doch im Falle der Übernahme des Geschäftsvermögens keine Anwendung finden, denn dieses ist kein Vermögen im juristischen Sinne. Es ist nur ein Komplex einzelner Vermögensgegenstände ohne rechtliche Abgeschlossenheit. Schon Delbrück[93] hebt mit Recht hervor, „dass zwischen einem Vermögen, sei es das eines „Verstorbenen oder das eines noch Lebenden, „und einer Handlung der wichtige Unterschied „bestehe, dass der Inbegriff eines Vermögens „durch die bestimmte Beziehung auf eine „Person, als Träger desselben, unzweifelhaft ge„geben ist, während der Umfang der zu einer „Handlung gehörigen Vermögenstücke im Gegen„satz von der Willkür des Inhabers abhängig ist. „Es steht demselben unbedingt frei, gewisse Kapi„talien und Schulden ganz aus dem Geschäft heraus„zuziehen, ohne dass sie deshalb aufhören, Teile „seines Vermögens zu sein, namentlich kann er dies „auch im Augenblick des Verkaufs tun."

---

92) cf. Hellwig S. 390—391.
93) a. a. O. S. 39.

Ähnlich führt das Reichsoberhandelsgericht aus, dass eine analoge Anwendung der erwähnten Bestimmung des ALR. unstatthaft sei, da „es hier an „allen tatsächlichen Voraussetzungen, namentlich an „der Übertragung eines ganzen Vermögensinbegriffes. „einer universitas iuris, im Sinne des § 19 fehle."[94]

Will man den Satz anerkennen, dass der Übernehmer eines Vermögens für die Schulden haftet, so kommt dies doch nur inbetracht für die Übertragung des Geschäftsvermögens einer Aktiengesellschaft oder einer anderen juristischen Person und einer offenen Handelsgesellschaft, da das Gesellschaftsvermögen ein Sondergut, eine universitas iuris darstellt.

Ladenburg[95] will den Gläubigern des Veräusserers eine Bereicherungsklage gegen den Übernehmer des Geschäftsvermögens, analag dem Anspruch aus Art. 83 der Wechselordnung, gewähren.

Demgegenüber betont Adler[96] mit Recht, dass eine Bereicherungsklage nur dann statthaft wäre, wenn der Erwerber direkt aus dem Vermögen des Gläubigers bereichert worden wäre. Die Analogie mit Art. 83 der Wechselordnung aber ist deshalb nicht zulässig, weil der dort statuierte Anspruch sich nur aus spezifisch wechselrechtlichen Gründen erklären lässt und seiner Natur nach mit dem zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch keine Ähnlichkeit zeigt.

94) ROHG. Bd. 2, S. 48.
95) a. a. O. S. 97.
96) Archiv f. bürgl. Recht Bd. 3 S. 17.

An einen Bereicherungsanspruch scheint auch Dernburg zu denken, wenn er sagt: Der Gläubiger erwirbt unmittelbar ein Recht gegen den Schuldübernehmer, „wenn die Schuldübernahme Bestandteil „eines Geschäftes ist, welches dem Übernehmer die „Werte verschafft, aus denen nach der Verkehrs„auffassung die übernommene Schuld vorzugsweise „zu tilgen ist, insbesondere wenn ihm ein Vermögen „übertragen wird, zu welchem die übernommenen „Verbindlichkeiten gehören.“[97]

Dernburg spricht also nur von dem Fall, dass der Passivenübergang unter den Kontrahenten vereinbart ist. Da aber das Geschäftsvermögen des Einzelkaufmanns kein Sondergut ist, so wird man nicht sagen können, dass aus demselben die Geschäftsschulden vorzugsweise zu tilgen sind. Der Kaufmann haftet vielmehr mit seinem ganzen Vermögen für die Erfüllung der Geschäftsverbindlichkeiten.

II.

Es sind nunmehr alle nennenswerten Versuche besprochen worden, welche gemacht worden sind, um die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäftes für die Geschäftschulden des bisherigen Inhabers zu begründen, und wir haben gesehen, dass keiner dieser Versuche überzeugen konnte. Es ist also daran festzuhalten, dass der Erwerber, mag er nun das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführen oder nicht, nicht schon kraft Gesetzes den Gläubigern

97) Pand. II § 53.

haftet. Um ihn haftbar zu machen, bedarf es vielmehr eines besonderen Verpflichtungsgrundes gegenüber den Gläubigern.

A

Zunächst kann der Erwerber die Haftung durch Vertrag mit den Gläubigern übernehmen. Und zwar giebt es verschiedene Verträge, welch zum Ziele führen.

1.

a. Der Erwerber kann sich den Gläubigern für die Geschäftsschulden des bisherigen Inhabers verbürgen. Er tritt dann als Nebenschuldner zu dem Veräusserer hinzu. Seine Verpflichtung ist akzessorischer Natur, d. h. sie ist durch die Hauptverpflichtung bedingt und in Art und Umfang von dieser abhängig. Der Bürge haftet für den jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit. Er kann sich der Einreden des Hauptschuldners bedienen. Da die Übernahme der Bürgschaft in unserem Falle ein Handelsgeschäft sein würde, so bedarf sie keiner Form.[98] Die Einrede der Teilung und der Vorausklage stehen dem Bürgen nicht zu.[99]

b. Der Erwerber kann einen Vertrag mit dem Gläubiger schliessen, durch den er eine prinzipale Haftung übernimmt. Durch dieses constitutum debiti

98) ADHGB. Art. 317.

99) Art 281 II; Die Novation liegt ausserhalb des Rahmens unserer Aufgabe. Denn da durch Novation die frühere Schuld getilgt und eine neue geschaffen wird, so wird der Erwerb auf Grund derselben nicht „für die Schulden des Veräusserers haftbar gemacht", sondern der Gläubiger nimmt ihn für eine eigene Schuld in Anspruch.

alieni wird er Solidarschuldner neben dem Veräusserer. Seine Schuld ist also nicht in dem Masse von der Hauptschuld abhängig wie die des Bürgen, der Korrealschuldner ist Insbesondere kann er eine in der Person des Veräusserers eintretende Aufhebungstatsache nur dann zu seinen Gunsten geltend machen, wenn sie Erfüllung ist, oder der Erfüllung gleichsteht [100]

c. Wenn für das gemeine Recht eine Singularsuccession in die Schuld anzuerkennen ist — dass dies der Fall ist, wird unten näher auszuführen sein — so kann der Erwerber mit dem Veräusserer auch eine privative Schuldübernahme vereinbaren. Dann geht die Schuld mit all' ihren Akzessonien auf den Erwerber über. Dieser kann sich der dem Veräusserer zustehenden Einwendungen bedienen. Der Veräusserer wird frei, einer Mitwirkung seinerseits bedarf es nicht, da der Gläubiger beliebig auf ein ihm gegen jenen zustehendes Recht verzichten kann.

2.

Die Fälle, in welchen der Erwerber durch Vertrag mit den Gläubigern die Haftung für die früheren Geschäftsschulden übernimmt, liegen verhältnismässig einfach. Weit schwieriger ist die Frage, unter welchen Umständen die Gläubiger den Erwerber haftbar machen können, wenn durch Vertrag zwischen diesem und dem Veräusserer der Übergang der Schulden vereinbart ist.

a. Es ist zunächst zu betonen, dass ein solcher Vertrag, durch den der subjektive Übergang der

100) cf. Windscheid II § 298 S. 200.

Geschäftsschulden vereinbart wird also eine Erfüllungsübernahme, nur Wirkungen zwischen den Parteienhaben kann.[101] Nur zwischen diesen besteht ein obligatorisches Band. Der Übernehmer ist also den Gläubigern noch nicht verhaftet. „Um das letztere „herbeizuführen, bedarf es noch eines weiteren, das „obligatorische Band zwischen dem Übernehmer und „dem Geschäftsgläubiger knüpfenden Aktes.“[102]

b) Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn die Kontrahenten bei Abschluss des Vertrages die Absicht hatten, den Gläubigern unmittelbar durch diesen Vertrag ein Recht gegen den Erwerber einzuräumen. Hier läge ein pactum in favorem tertii vor. Ein solches ist im römischen Recht unwirksam, nach GR. aber fast allgemein anerkannt. Insbesondere bietet das Handelsrecht noch mancherlei Beispiele von solchen Verträgen zugunsten Dritter. Es sei hier nur daran erinnert, dass der Adressat einer Frachtsendung die Auslieferung derselben aus eigenem Recht verlangen kann. Das ROHG. äussert sich über den hier in Rede stehenden Punkt: „Nach dem „heutigen Recht ist die Wirksamkeit der Verträge zu „gunsten Dritter insbesondere nach der Richtung „anerkannt, dass ein Schuldner sich von einem andern „die Übernahme der Schulden in dem Sinne ver„sprechen lassen kann, dass der Übernehmer sich „nicht nur ihm, sondern auch den Gläubigern gegen„über verpflichtet.“[103]

101) Dagegen Bähr, Urk. d. RG. S. 83.
102) ROHG. Bd. 4 S. 5. Ebenso Bd. 3 S. 362, Bd. 8 S. 383
103) ROHG. Bd. 21 S. 233.

Durch einen solchen Vertrag tritt der Erwerber dem Gläubiger unmittelbar als Schuldner gegenüber. Natürlich wird der Veräusserer nicht befreit. Es entsteht vielmehr ein Gesamtschuldverhältnis. Da der Rechtsgrund der Verpflichtung des Übernehmers der Vertrag mit dem Urschuldner ist, so kann ersterer dem Gläubiger gegenüber Einwendungen aus dem zwischen ihm und dem Veräusserer bestehenden Rechtsverhältnisse herleiten. Bis der Gläubiger dem Vertrage beitritt, kann auch der Urschuldner einseitig den Übernehmer seiner Verpflichtung entlassen.[104]

Die Absicht der Parteien, den Gläubigern ein unmittelbares Recht gegen den Erwerber des Handelsgeschäfts einzuräumen, wird man wohl im Zweifel annehmen dürfen. Denn der Erwerber übernimmt die Schulden in Anrechnung auf den Kaufpreis doch deshalb, um die alten Beziehungen zu den Gläubigern fortzusetzen. Dieser Zweck aber wird am besten dann erreicht, wenn er den Gläubigern direkt haftet.

c. Wenn ein Kaufmann sein Handelsgeschäft veräussert, so wird er in sehr vielen Fällen den Wunsch haben, von den ihm aus dem Geschäftsbetrieb erwachsenen Verbindlichkeiten frei zu werden Bisher haben wir aber - abgesehen von der zwischen Erwerber und Gläubiger vereinbarten privativen Schuldübernahme, deren Zulässigkeit erst hier nachzuweisen ist — nur Fälle kennen gelernt, in denen er neben dem Erwerber noch weiterhin verhaftet

104) ROHG. Bd. 21 S. 234.

bleibt. Gänzlich befreit wird er, wenn durch Novationsverträge die Gläubiger den Erwerber an Stelle des Veräusserers als Schuldner annehmen. Durch die Novation wird die ursprüngliche Schuld getilgt, es entsteht eine neue, von der früheren unabhängige. Die Akzessorien der alten Forderungen gehen unter, der Erwerber des Geschäfts kann auch nicht die Einwendungen geltend machen, die dem Veräusserer gegen den Gläubiger zustanden.

α) Es ist wohl ohne Weiteres klar, dass die Novation dem in Kaufmannskreisen sich geltend machenden Bedürfnis, den Erwerber für die Geschäftsschulden allein an Stelle des Veräusserers haften zu lassen, nicht genügen kann. Wenn der Erwerber nicht die Einreden des früheren Inhabers geltend machen kann, so ist die Novation nur ein unvollkommenes Mittel zur Errreichung des besagten Zweckes.

Es ist demnach ein unabweisbares praktisches Bedürfnis vorhanden, eine Haftung des Erwerbers derart zu ermöglichen, dass dieser die Schuld des Veräusserers mit ihren Einreden übernimmt, während der letztere befreit wird, dass eine Singularsukzession in die Schuld stattfindet. Das römische Recht kennt eine solche Singularsukzession nicht. v. Salpius[105] behauptet allerdings, die Novation sei eine solche. Dies ist von seinem Standpunkt aus ganz konsequent, da er im Falle der Novation die früheren Einreden nicht untergehen lassen will. Er hat dies aber nicht

105) Novation und Delegation S. 354 ff.

überzeugend dargetan.[106] Paulus sagt (: l. 3 pr. D. 44,7): „Obligationem substantia non in eo „consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem „nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad „dandum aliquid vel faciendum vel praestandum." Die Obligation ist ein vinculum iuris, ein rechtliches Band, welches zwischen zwei Rechtssubjekten besteht. Diese persönlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten betont das römische Recht weit mehr als den sachlichen Inhalt der Obligation. Dem entspricht es, dass eine Veränderung der einmal vorhandenen Obligation nach älterem römischen Recht undenkbar war. „Die römische Obligation war ein „unveränderlicher Typus; der Begründungsakt gab „ihr dauernd allein die Norm" [107] Tritt an die Stelle eines der Beteiligten ein Dritter, so entsteht eine neue, von der alten durchaus verschiedene Obligation.

An dieser Auffassung haben die Römer festgehalten. Da das Verkehrsbedürfnis die Möglichkeit, Forderungen abzutreten, dringend erforderte, so suchte man dieses Ziel auf Umwegen zu erreichen. Der Zessionar wurde als procurator in rem suam angesehen, schliesslich gab man ihm auch eine actio utilis suo nomine. Ihm wurde nicht das Recht des Zedenten, sondern nur die Ausübung desselben übertragen. Damit war dem Verkehrsbedürfnis ab-

106) Windscheid Pand. Bd. 2 § 353 Note 3b.
107) Dernburg Pand. II § 47 Abs. 1.

geholfen, ohne dass mit dem Prinzip der Unveränderlichkeit der Obligation gebrochen war.

Was nun die Passivsukzession anlangt, so war auch diese nicht statthaft. Eine defensio in rem suam war ein notdürftiges Surrogat. Weiter schritt die Entwickelung nicht vor. Ein schwacher Ansatz ist darin zu erblicken, dass die Quellen eine gesetzliche Sukzession in die Schuld in einigen Fällen kennen.[108]

Zweifellos konnte sich auch nach römischem Recht jemand verpflichten, die Schulden eines andern zu bezahlen. Aber ein dahingehender Vertrag hatte nur Wirkung zwischen den Parteien. Der Übernehmer wurde nicht Schuldner des Gläubigers, der frühere Schuldner hörte nicht auf, es zu sein.[109] Eine privative Schuldübernahme war den Römern unbekannt.

Das entwickelte gemeine Recht durfte auf diesem Standpunkte nicht stehen bleiben. Der Verkehr erheischte dringend die Möglichkeit der Sukzession in Schulden. Besonders bei der Veräusserung eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks und eines Handelsgeschäfts war dies der Fall. Darauf wies namentlich Delbrück[110] hin. Dass ein derartiges Bedürfnis vorhanden sei, wurde wohl von keiner

108) l. 4 pr. D. de re iud. (42,1), l. 61 pr. D. (3,3) l. 1 C. 5,39. l. 8 D. 26,9, cf. Windscheid Actio S. 203.

109) l. 2 C. 4,39, l. 22 C. 8,54, l. 72 pr. D. 23,3, l. 26 C. 2,3, cf. Windsch. Actio S. 204.

110) Der Übergang fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht.

Seite bestritten. Es wurden nun die verschiedensten Versuche gemacht, ihm zu genügen. Manche behaupteten, eine Singularsukzession in Forderungen und Schulden sei begrifflich unmöglich. Sie versuchten es daher, mit juristischer Konstruktion das Ziel auf Umwegen zu erreichen. Wir werden uns mit dieser Frage zunächst beschäftigen.

β) „Singularsukzession ist ein rechtlicher Vorgang, „wodurch ein einzelnes Rechtsverhältnis von der „Person seines Trägers auf eine andere Person „übergeht, eine rein subjektive Umwandlung des„selben, wobei es objektiv als dasselbe bestehen „bleibt".[111]

Diese Auffassung der Singularsukzession wird von Kuntze[112] lebhaft bekämpft. Er leugnet die Möglichkeit der Übertragbarkeit eines Rechtsverhältnisses, des „Hindurchgehens eines Rechtes „durch mehrere Subjekte". „Eine Sache sei an sich „nur mögliches Rechtsobjekt und werde zu einem „wirklichen nur durch ihre konkrete Unterwerfung „unter einen herrschenden Willen. Demnach könne „nimmer das Rechtsverhältnis der einen Person „identisch sein mit demjenigen der anderen, möge „auch der tatsächliche und juristische, der äusser„liche und innerliche Zusammenhang noch so eng „sein".[113] Da nun nach Kuntze die konkrete Person das Rechtsverhältnis charakterisiert, ein

111) Gürgens in Jherings Jahrb. Bd. 8, S. 221.
112) Kuntze, Die Obligation des röm. und heut. Rechts § 16.
113) Kuntze a. a. O. S. 57.

Bestehenbleiben des Rechtsverhältnisses bei Änderung der Person undenkbar ist, so kann das Recht des successor nie dasselbe sein wie das des auctor. Singularsukzession bedeute demnach keinen Übergang des Rechts. Dieser Ausdruck sei ungenau. Singularsukzession liegt vor, wenn drei Voraussetzungen gegeben sind:

1. Abhängigkeit des neuen Rechtes von dem Wurzelrechte nach seinem Bestande, seinem Umfange und seiner Qualität.

2. Unmittelbarkeit des Zeitanschlusses.

3. Einerleiheit des Rechtsobjektes.[114]

Wenn wir nun fragen — so argumentiert Kuntze weiter —, was bei obligatorischen Rechten das Rechtsobjekt ist, so finden wir es in einer Handlung des Verpflichteten.

„Diese Handlung existiert nur innerhalb des „Rahmens der obligatio als konkretes Wesen. Ihre „Existenz wird aufgehoben, wenn jener Rahmen „gelöst wird".[115]

Ist es demnach„ absolut undenkbar, das Objekt „des Forderungsrechts von diesem selbst zu „trennen",[116] so kann die dritte Voraussetzung bei Obligationen nie vorhanden sein. Eine Singularsukzession in Obligationen ist mithin logisch unmöglich.

Diese scharfsinnige Deduktion kann nicht überzeugen. Kuntze legt eine viel zu grosse Bedeutung

114) Kuntze a. a. O. S. 62.

115) Kuntze a. a. O. S. 73.

116) Kuntze a. a. O S. 74.

auf das Subjekt des Rechtsverhältnisses. Es ist nicht einzusehen, warum ein Rechtsverhältnis durch einen Wechsel in der Person eines Subjekts eine derartige Veränderung erleiden soll, dass man das neue nicht mehr als identisch mit dem früheren ansehen kann. Es ist richtig, dass ein Recht nur dann existiert, wenn es ein Subjekt hat. Aber es genügt doch, wenn es überhaupt eins hat. Tritt ein anderes Subjekt an die Stelle des früheren, so ist das Recht deshalb doch in seinem juristischen Bestand dasselbe geblieben, mag es auch in seinem wirtschaftlichen Wert eine bedeutende Veränderung erfahren haben. Die obligatio ist ein rechtliches Band, welches zwei Personen verknüpft. Giebt die eine von diesen es einem Dritten in die Hand, so ist doch das Band dasselbe geblieben.[117] Erkennen wir aber an, dass das Rechtsverhältnis trotz Änderung des Subjekts seine Identität nicht verliert, so müssen wir dies als Singularsukzession auffassen und brauchen keinen anderen Begriff für diese zu konstruieren. Es ist also kein Grund vorhanden, die Möglichkeit der Singularsukzession auf dingliche Rechte zu beschränken.

Kuntze bestreitet übrigens nicht, dass ein starkes Verkehrsbedürfnis besteht, den Übergang von Schulden mit all ihren Akzessorien, insbesondere mit ihren Einreden zu ermöglichen. Er will dieses Verkehrsbedürfnis in anderer Weise befriedigen Da wir die begriffliche Unmöglichkeit der Singularsukzession für Obligationen nicht anerkennen, so

117) Windscheid, Kritische Überschau S. 40.

brauchen wir seine Theorie nicht weiter zu betrachten. Denn sie ist, wie er selbst zugesteht, nur dann erforderlich, wenn man die Singularsukzession nicht anerkennen will.

Wir schliessen uns demnach der herrschenden Ansicht an, welche behauptet, dass sich die Passivsukzession bei Obligationen gewohnheitsrechtlich entwickelt hat und demnach im späteren gemeinen Recht anzuerkennen ist. Eine Unterstützung findet diese Ansicht in der Tatsache, dass einige neuere Kodifikationen die Schuldübernahme — wenn auch nicht unter diesem Namen — kennen. Die Expromission des allgemeinen LR.[118] und die vollkommene Anweisung des österreichischen BGB[119] gehören hierher. Die Surrogate des römischen Rechts — die delegatio und die defensio in rem suam — können dem Verkehrsbedürfnis nicht genügen

γ) Die Ansicht, dass die Übernahme von Schulden ein den Römern unbekanntes Rechtsinstitut des entwickelten gemeinen Rechts sei, hat namentlich Delbrück[120] vertreten. Er geht davon aus, dass der römische Begriff der Obligation wesentlich verschieden sei von dem deutsch-rechtlichen Begriff von Forderungen und Schulden.[121] Die Obligation im römisch-rechtlichen Sinne sei ein zwischen Personen bestehendes Rechtsverhältnis. Sie

118) ALR. Teil I Titel 14 §§ 399 ff.
119) Ostereich, BGB. § 1401.
120) Delbrück in der schon zitierten Schrift.
121) Delbrück a. a. O. S. 8.

sei ihrer Natur nach unveränderlich, es könne demnach kein Wechsel in den Personen stattfinden, ohne dass die Obligation zerstört werde.

Ganz anders der deutsch-rechtliche Begriff von „Forderungen und Schulden". Diese sind vorgestellte Sachen,[122] Werte, und als solche Gegenstände des Verkehrs.[123] Aus der persönlichen Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner, eben der Obligation, sondere sich ein sachlicher Niederschlag ab, die Forderungen und Schulden des deutschen Rechts. Während die persönliche Beziehung unübertragbar sei, seien die Forderungen und Schulden frei veräusserlich.

Die Schulden seien „passive Werte".[124] Sie können übertragen werden. Und zwar habe der Gläubiger auf Grund der Übertragung ipso iure ein Recht gegen den neuen Schuldner.[125] Daneben bleibe ihm aber natürlich auch der alte Schuldner nach wie vor verhaftet, da die persönliche Beziehung, die Obligation, von der Schuldübernahme nicht berührt worden sei. Der alte Schuldner müsse erst von dem Gläubiger exnexuiert werden

Die Auffassung Delbrück's von den „Forderungen und Schulden" kann in verschiedener Weise ausgelegt werden. Entweder qualifizieren sie sich als Eigenschaften der Obligation. Dann

122) a. a. O. S. 5.
123) a. a. O. S. 3.
124) a. a. O. S. 17.
125) a. a. O. S. 7.

können sie natürlich nicht von dieser abgesondert werden. Eine solche Konstruktion wäre ein logischer Fehler, den man Delbrück wohl nicht unterschieben kann. Es ist daher wohl richtiger, mit Gürgens[126] Delbrück so zu verstehen, dass neben der persönlichen Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner noch eine Beziehung zwischen dem Gläubiger und dem Vermögen des Schuldners entstehe, kraft derer der Gläubiger Befriedigung aus diesem Vermögen verlangen kann.

Übernimmt nun ein Dritter die Schuld, so bleibt die persönliche Beziehung zwischen dem Gläubiger und dem früheren Schuldner bestehen, daneben tritt an die Stelle der Beziehung zwischen dem Gläubiger und dem Vermögen des alten Schuldners eine solche zwischen dem Gläubiger und dem Vermögen des neuen Schuldners.

Diese Konstruktion Delbrücks scheint denn doch etwas künstlich. Seine „Forderungen und Schulden", welche Gegenstände des Verkehrs sind, sind ökonomische, keine juristischen Begriffe. Sukzessionen sind nur in Rechtsverhältnisse von Personen möglich[127], und wir haben oben gefunden, dass auch bei der Obligation die Singularsukzession sehr wohl denkbar ist. Es ist demnach daran festzuhalten, dass im Falle einer Sukzession in Schulden der neue Schuldner in der Obligation an die Stelle des früheren tritt. Es dürfte auch den Parteiabsichten nicht immer entsprechen, dass der Gläubiger

126) Gürgens a. a. O. S. 255.
127) Gürgens a. a. O. S. 256.

schon aus dem Übernahmevertrag ein Klagerecht gegen den neuen Schuldner erhält.

δ) Die privative Schuldübernahme als Sukzession in das obligatorische Recht ist nun auf verschiedene Weise erklärt worden. Einmal hat man versucht, sie als Vertrag zugunsten Dritter zu konstruieren. Dagegen ist zu bemerken, dass auf Grund eines pactum in favorem tertii der Übernehmer aus dem zwischen ihm und dem Urschuldner bestehenden Rechtsverhältnis dem Gläubiger gegenüber Einwendungen herleiten kann. Dies ist mit dem Wesen der Singularsukzession unvereinbar.

Manche wollen in der privativen Schuldübernahme einen dreiseitigen Vertrag sehen.[128] Durch Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer wird dieser verpflichtet, jenen von seiner Schuld zu befreien. Der Gläubiger erlangt aber hieraus noch kein Recht. In dem Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer wollen nun die Anhänger dieser sogenannten Kollektivoffertentheorie eine Kollektivofferte an den Gläubiger erblicken. Akzeptiert dieser, so erlangt er ein Recht gegen den Übernehmer; befreit aber gleichzeitig den Urschuldner.

Gegen die Annahme eines dreiseitigen Vertrages spricht zunächst, dass zur Wirksamkeit einer jeden in ihn aufgenommenen Bestimmung die übereinstimmende Willenserklärung aller drei Kontrahenten erforderlich wäre. Dem Wesen der Singular-

128) Simon a. a. O. S. 101. Kipp, Jherings Jahrb. Bd. 36 S. 353.

sukzession aber entspricht es, dass der Übernehmer aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Urschuldner dem Gläubiger keine Einwendungen entgegensetzen kann. Ferner heisst es, den Willen der Parteien etwas kühn interpretieren, wenn man in ihrem Vertrag immer schon eine Offerte an den Gläubiger sehen will. Das wird durchaus nicht immer in der Absicht der Parteien liegen. Und dann: wenn nun der Gläubiger nur zufällig von diesem Vertrage erfährt, ist ihm dann auch gegen den Willen der Kontrahenten eine Offerte gemacht worden? Daher verlangen auch manche Vertreter dieser Theorie Mitteilung an den Gläubiger, worauf dieser sich dann erklärt.

Richtiger Ansicht nach ist diese Erklärung des Gläubigers keine Vertragsannahme, sondern eine einseitige Genehmigung, durch die er zu dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag als einem Dispositionspunkt über ein ihm zustehendes Vermögensstück seine Zustimmung erteilt. So wie die Verfügung eines Nichteigentümers über körperliche Sachen gültig wird, wenn der Eigentümer sie genehmigt, so ist auch die Übertragung der Schuld durch den Urschuldner rechtswirksam mit Genehmigung des Gläubigers. Denn es wäre eine Ungerechtigkeit gegen den letzteren, wenn das Recht dem Schuldner gestattete, nach Belieben einen anderen an seine Stelle zu setzen, der vielleicht kein Vermögen besitzt. Es heisst daher durchaus nicht, den Begriff der Singularsukzession wieder aufgeben, indem man

sie von der Genehmigung des Gläubigers abhängig macht.[129]

Wir schliessen uns demnach der herrschenden, auch vom BGB. akzeptierten Ansicht an, wonach die privative Schuldübernahme zustande kommt, wenn Schuldner und Übernehmer einen dahingehenden Vertrag schliessen und der Gläubiger seine Genehmigung erteilt. Die Schuld geht mit all ihren Akzessorien auf den Übernehmer über, während der Urschuldner gleichzeitig frei wird. Jedoch bleiben Bürgschaften und Pfandrechte nur dann bestehen, wenn der Bürge oder Pfandgeber ihre Einwilligung erteilen. Im Zweifel dürfte das Gegenteil anzunehmen sein, da sie doch im Hinblick auf die Kreditwürdigkeit des früheren Schuldners die Bürgschaft übernommen oder das Pfand gegeben haben werden. Ausser den Einreden, die dem früheren Schuldner zustehen, kann der Übernehmer dem Gläubiger auch solche Einreden entgegensetzen, die ihm persönlich gegen denselben zustehen. Aus dem zwischen ihm und dem früheren Schuldner bestehenden Rechtsverhältnis aber darf er keine Einwendungen herleiten.

Hat nun der Erwerber eines Handelsgeschäfts mit dem Veräusserer die privative Schuldübernahme vereinbart, so kann die Genehmigung der Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Wann eine stillschweigende Genehmigung vorliegt, ist als Tatfrage im konkreten Falle zu entscheiden. Man

129) Kuntze a. a. O. S. 324. — Gegen ihn Windscheid Actio S. 208.

wird eine solche nicht schon in der Mahnung des Erwerbers oder in der Klageerhebung gegen ihn sehen. Denn der Gläubiger erklärt hierdurch nur, dass er bereit ist, den zwischen Veräusserer und Erwerber geschlossenen Vertrag zu respektieren, wenn er Befriedigung erlangt. Ist dagegen sein Vorgehen gegen den Erwerber erfolglos, so will er sich doch immer noch den Rückgriff auf den Veräusserer vorbehalten. Eine stillschweigende Genehmigung wird man aber z. B. darin erblicken können, dass der Gläubiger aus einem mit dem Veräusserer geschlossenen synallagmatischen Vertrage, der noch von keiner Seite erfüllt ist, seinerseits an den Erwerber leistet. Dann haftet nur dieser, nicht auch der Veräusserer, für die Gegenleistung.[130]

B.

Unbestritten ist ein Handelsgewohnheitsrecht, wonach der Erwerber des Handelsgeschäfts den Gläubigern neben dem Veräusserer für die Geschäftsschulden solidarisch haftet, wenn er den Übergang der Passiva in handelsüblicher Weise bekannt macht

1.

Weniger unbestritten ist die Frage nach dem Rechtsgrunde dieser Haftung.

Die handelsübliche Bekanntmachung wird von manchen als Vertragsofferte an die Gläubiger aufgefasst. Die Akzeptation wird nach der einen Ansicht[131] durch „das öffentliche Bekanntwerden jener

130) RG. 19 S. 129.
131) Prot. S. 431.

obligatorischen Erklärung" ersetzt, andere sehen sie in der Erhebung der Klage gegen den Erwerber.

Mit dieser Konstruktion wird offenbar der Versuch gemacht, eine rechtliche Erscheinung, welche, auf dem Boden moderner Rechtsentwicklung emporgewachsen, sich nicht ohne Weiteres nach den Grundsätzen des römischen Rechts erklären lässt, dennoch „mit Gewalt in die überlieferten Firmen einzuzwängen."[132] Gegen derartige Versuche sei auf die treffenden Worte Siegels[133] hingewiesen: „Wo „ein Vorurteil leitet, wie hier das Vorurteil, dass „jedes Versprechen, um zu verpflichten, notwendig „der Annahme bedürfe, ist vom Auslegen zum Unterlegen nur ein Schritt. Wann und inwiefern dieser „Fehltritt gemacht wird, lässt sich häufig nur von „Fall zu Fall feststellen. Öfter und allgemeiner wird „er dadurch begangen, dass eine Handlung, welche „das Verlangen nach Verwirklichung eines Versprechens zum Ausdrucke bringt, die Deutung als „Annahme erfährt. Wer jedoch Versprochenes fordert, „will damit nicht erst das Versprechen zu einem „giltigen und verpflichtenden machen, seinem Sinne „nach ist das Versprechen bereits ein solches." Der Satz: „Quamvis non acceptarit, inde tamen rect agit, cum agendo acceptare intelligatur" ist schon deshalb unrichtig, weil die Annahme ja erst mit Zustellung der Klageschrift an den Beklagten erfolgen würde, somit zur Zeit der Erhebung der Klage vor Gericht noch ein unangenommenes Versprechen vorliegt.[134]

132) Simon a. a. O. S. 166

133) Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 14.

134) Siegel a. a. O. S. 15.

Simon[135] sieht in der Haftung des Erwerbers auf Grund offizieller Bekanntmachung die unmittelbare Wirkung eines Rechtssatzes

Zutreffender ist es m E., in der Bekanntmachung des Übergangs der Passiva eine Willenserklärung zu sehen, die den Erklärenden verpflichtet, ohne dass es einer Annahme bedürfe. Die Willenserklärung ist ad incertas personas gerichtet. Für jeden Gläubiger entstehen also Rechte, einerlei ob er von der Bekanntmachung weiss oder nicht, ähnlich wie derjenige, welcher eine Handlung vornimmt, auf die jemand mittelst Auslobung eine Belohnung gesetzt hat, auch dann einen Anspruch auf die Belohnung hat, wenn er von der Auslobung nichts wusste. Die Bekanntmachung unterliegt also den für Willenserklärungen geltenden Regeln Eine Mentalreservation bleibt unberücksichtigt. Welchen Einfluss mangelnder Ernst, Drohung, Täuschung, Irrtum und so weiter haben, ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts zu beurteilen.[136]

Wenn der Rechtsgrund der Haftung des Er-Erwerbers eine von ihm abgegebene Willenserklärung ist, so folgt daraus, dass auch nur diese Erklärung für den Umfang der Haftung massgebend sein kann. Hat etwa der Erwerber durch Vertrag mit dem Veräusserer einzelne Schulden vom Übergange ausgeschlossen, so kann er dies den Gläubigern gegenüber nur dann geltend machen, wenn es aus der

135) a. a. O. S. 164.

136) So auch das ROHG. cf. Lehmann, Kommentar § 25 Nr. 10.

Bekanntmachung hervorgeht. Andernfalls haftet er diesen gegenüber auch für die Schulden, für welche er im Verhältnis zu dem Veräusserer nicht einsteht. Auch für die Schulden, welche er überhaupt nicht kannte, haftet der Übernehmer. „Da die Ver-„pflichtung des Übernehmers den Handlungsgläubiger „gegenüber lediglich auf der Publikation der Über-„nahme der Passiva beruht, so ist für den Umfang „dieser Verpflichtung lediglich der Umstand mass-„gebend, ob eine Forderung zu diesen Geschäfts-„passiven tatsächlich gehört, nicht aber, ob der Über-„nehmer sie gekannt hat“ [137]

Da die Verpflichtung des Übernehmers auf einem einseitigen Versprechen beruht, das einer Annahme nicht bedarf, so entsteht sie unmittelbar mit der Bekanntmachung. Für die Frage, welche Schulden zu den übernommenen „früheren Geschäftsverbindlichkeiten“ gehören, ist dieser Zeitpunkt gleichgültig; es kommt nur der Zeitpunkt der Übernahme der Passiva in Betracht. [138] Dieses Rechtsverhältnis zwischen Erwerber und Gläubiger kann jetzt nicht mehr durch einseitige Willenserklärung des Verpflichteten verändert oder aufgehoben werden. Kommen der alte und der neue Inhaber des Handelsgeschäfts nachträglich überein, dass ein Teil der Schulden nicht übergehen solle, so hat dies den Gläubigern gegenüber auch dann keine Wirkung, wenn es ihnen mitgeteilt wird [139] Das Recht des

137) ROHG. Bd. 8. S. 385.
138) So ROHG. Bd. 8, S. 386.
139) ROHG. Bd. 8, S. 382.

Gläubigers ist einmal entstanden; es kann ihm nicht gegen seinen Willen wieder entzogen werden.

Die öffentliche Bekanntmachung des Übergangs der Passiva kann auf verschiedene Weisen erfolgen, durch gedruckte Zirkulare, Zeitungen, Börsenanschlag, auch durch Eintragung in das Handelsregister. Auch dann tritt die Haftung ein, wenn der Übergang der Passiva angezeigt wird in einer „besonderen Bekannt-„machung an eine so erhebliche Zahl von Geschäfts-„gläubigern, dass sich aus diesen Bekanntmachungen „auf den Willen des Übernehmers schliessen lässt, „dass die Geschäftsübernahme in der gekenn-„zeichneten Art dem Kreise der Geschäftsgläubiger „überhaupt bekannt werde.“ [140]

Das RG.[141] hat nun entschieden, dass einer öffentlichen Bekanntmachung die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma gleichstehe, und dies ist wohl der einzige Punkt, in dem es bezüglich der hier behandelten Frage vom ROHG abweicht. Denn letzteres betonte ausdrücklich, dass es wesentlich darauf ankommt, dass die Übernahme der Passiva seitens des Erwerbers des Geschäfts den Geschäftsfreunden bekannt gemacht ist [142]

In einer Beziehung unterscheidet sich nun die Haftung auf Grund der Fortführung der bisherigen Firma von derjenigen infolge ausdrücklicher Bekanntmachung des Übergangs der Passiva. In letzterem

140) RG. Bd. 17, S. 98.
141) RG. Bd. 2, S. 55 ff. Bd. 38 S. 175.
142) ROHG. Bd. 16, S. 272.

Falle ist der Rechtsgrund der Haftung eben diese Bekanntmachung. Der zwischen Veräusserer und Erwerber geschlossene Vertrag ist für die Haftung des letzteren gegenüber den Gläubigern bedeutungslos.

Anders wenn der Erwerber nur die bisherige Firma fortführt, nicht aber den Übergang der Passiva in handelsüblicher Weise bekannt macht. Die Fortführung der Firma ist kein selbständiger Verpflichtungsgrund. Sie hat vielmehr nur die Wirkung, dass jetzt die Gläubiger aus dem zwischen Veräusserer und Erwerber geschlossenen Vertrag den letzten unmittelbar in Anspruch nehmen können. Die Haftung des Erwerbers gegenüber den Gläubigern besteht also nur, wenn und nur insoweit als er mit dem Veräusserer den Übergang der Passiva vereinbart hat. Die Wirkung ist also dieselbe, wie wenn Veräusserer und Erwerber den Übergang der Schulden in dem Sinne vereinbart haben, dass die Gläubiger aus diesem Vertrage unmittelbar ein Recht gegen den Erwerber erlangen sollen. Ein Unterschied von dem Vertrag zu Gunsten Dritter besteht aber darin, dass hier die Gläubiger ein unmittelbares Recht gegen den Erwerber nicht schon mit dem Abschluss des Vertrages zwischen dem letzteren und dem Veräusserer, sondern erst mit der Fortführung der Firma erlangen.

M. E dürfte diese Entscheidung des RG. nicht zu billigen sein. Wenn die Verkehrssicherheit verlangt, dass der Firmenerwerber für die Geschäftsschulden haftet, wenn dies allgemein die Auffassung in Handelskreisen ist und wenn sich demgemäss

ein Handelsgewohnheitsrecht in diesem Sinne gebildet hat, so wird man die Firmenfortführung auch als einen selbständigen, von den Vereinbarungen der Parteien unabhängigen Verpflichtungsgrund ansehen müssen. Das RG. bleibt aber auf halbem Wege stehen. Dadurch wird die Verkehrssicherheit nicht gehoben. Denn auch nach dem Rechtszustande, den das RG. anerkennt, sind die Geschäftsgläubiger stets im Ungewissen, ob der Firmenerwerber im konkreten Falle haftet, da dies ja ganz von dem Belieben der Parteien abhängig ist.

Demnach muss daran festgehalten werden, dass die Fortführung der bisherigen Firma für die Haftung des Erwerbers bedeutungslos ist.

Ob dies den Anforderungen der Verkehrssicherheit entspricht, ist eine Frage, die nur de lege ferenda inbetracht kommen kann.

Anhang: Rückblick.

Wenn wir das Ergebnis unserer Untersuchungen zusammenfassen, so ist der Rechtszustand vor dem Inkrafttreten des neuen HGB. folgender:

I. Der Erwerber eines Handelsgeschäfts, mag er dieses nun unter der bisherigen Firma fortführen oder nicht, haftet den Gläubigern des bisherigen Inhabers nicht schon kraft Gesetzes auf Grund der blossen Tatsache des Geschäftserwerbs bezw. der Fortführung der Firma für die Geschäftsschulden.

II. Es bedarf vielmehr eines besonderen Verpflichtungsgrundes, um die Haftung herbeizuführen. Dieser kann sein:

A. Ein Vertrag.

1. Der Erwerber übernimmt durch Vertrag mit den Gläubigern diesem gegenüber allein oder neben dem bisherigen Inhaber die Haftung für die Geschäftsschulden.

2. Auf Grund des zwischen Veräusserer und Erwerber vereinbarten Überganges der Passiva kann der Gläubiger den letzteren nur dann in Anspruch nehmen, wenn

a) eine privative Schuldübernahme vereinbart ist und der Gläubiger den Vertrag genehmigt, oder

b) die Kontrahenten die Absicht hatten, dem Gläubiger ein unmittelbares Recht gegen den Erwerber einzuräumen, oder

c) nach der Ansicht des RG., der aber nicht beizupflichten ist, auch dann, wenn der Erwerber das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt.

B. Die Bekanntmachung des Überganges der Passiva in handelsüblicher Weise.

Zweiter Abschnitt.

I. A

Das neue HGB. ist an unserer Frage nicht so wie das alte mit Stillschweigen vorübergegangen, um die Entscheidung Rechtsprechung und Wissenschaft zu überlassen. Es enthält vielmehr genaue Vorschriften, unter welchen Voraussetzungen der Erwerber eines Handelsgeschäftes den Gläubigern gegenüber für die Geschäftsschulden des früheren Inhabers haftet. Und zwar wird hier ein Unterschied gemacht zwischen dem Fall, wo der Erwerber das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt, und dem, wo er eine neue annimmt. § 25, soweit er hier interessiert, bestimmt:

„Wer ein unter Lebenden erworbenes Handels-
„geschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne
„Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden
„Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des
„Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren
„Inhabers."

„Eine abweichende Vereinbarung ist einem
„Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das
„Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht

„oder von dem Erwerber oder dem Veräusserer dem „Dritten mitgeteilt worden ist."

„Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet „der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die „früheren Verbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer „Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn „die Übernahme der Verbindlichkeiten in handels-„üblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist."

Wenn demnach das HGB. bestimmt, dass die Fortführung der Firma ipso iure den Erwerber den Gläubigern gegenüber für die Firmenschulden haftbar macht, so erkennt es damit der Firma nicht etwa eine selbständige Rechtspersönlichkeit zu. Ginge das Gesetz von dieser Auffassung aus, so müsste die Haftung unbeschränkbar sein: der Erwerber könnte sie also nicht ausschliessen. Die Vorschrift entspricht vielmehr lediglich einem praktischen Bedürfnis einer anerkannt unrichtigen[1] Verkehrsauffassung; sie lässt keinen Schluss auf die rechtliche Natur der Firma zu. Die Denkschrift äussert sich folgendermassen

„Im Verkehr wird vielfach die Firma, ohne „Rücksicht auf die Person ihres Inhabers als Eigen-„tümerin des Handlungsvermögens, als Trägerin „der durch den Handelsbetrieb begründeten Rechte „und Pflichten angesehen. Diese Anschauung ist „allerdings r e c h t l i c h n i c h t z u t r e f f e n d; „nichts destoweniger scheint es gerechtfertigt, der „Verkehrsauffassung, nach welcher der jeweilige

1) cf. unten.

„Inhaber der Firma als der Verpflichtete und Be„rechtigte angesehen wird, inbezug auf die Frage „des Übergangs der Geschäftsschulden und Geschäfts„forderungen entgegenzukommen Denn der Erwerber „eines Geschäfts, der die Firma, wenngleich nur mit „einem Zusatze, fortführt, erklärt dadurch seine Ab„sicht, in die Geschäftsbeziehungen des früheren „Geschäftsinhabers soweit als möglich einzutreten".[2]

Infolge Fortführung der Firma tritt die Haftung des Erwerbers ein, gleichgiltig, ob er mit dem Veräusserer den Übergang der Passiva vereinbart hat oder nicht. Hierin unterscheidet sich das neue HGB. von der Auffassung, die das RG. für das frühere Recht vertrat.

Wird die bisherige Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber nicht ohne Weiteres kraft Gesetzes, sondern nur, wenn besondere Verpflichtungsgründe vorliegen. In diesem Falle stimmt also das neue Recht vollkommen mit dem füheren überein.

Im Falle der Fortführung des Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma haftet also nach § 25 Abs. 1 der Erwerber den Gläubigern für Geschäftsschulden des früheren Inhabers. Diese Haftung nach aussen ist ganz unabhängig von dem zwischen Veräusserer und Erwerber über den Übergang der Passiva geschlossenen Vertrag Haben diese unter sich den Übergang der Schulden ganz oder zum Teil ausgeschlossen, so kann der Erwerber natürlich von dem Veräusserer Deckung beanspruchen, wenn

2) Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches S 36.

er von den Gläubigern für Verbindlichkeiten in Anspruch genommen wird, die er nach dem Vertrage nicht übernommen hat

1.

Betrachten wir zunächst die Voraussetzungen der im § 25 Abs. 1 statuierten Haftung.

1. Vorausgesetzt ist einmal der Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Lebenden. Der Erwerb von Todeswegen fällt also nicht unter die Vorschrift. Es ist nun bestritten, ob auch die Geschäftsübernahme auf Grund eines Vermächtnisses nach § 25 zu beurteilen ist. Die Zuwendung eines Vermächtnisses durch den Erblasser ist ein Geschäft von Todeswegen.[3] Durch das Vermächtnis erwirbt der Bedachte lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen den Belasteten.[4] Das Vindikationslegat hat in das BGB. keine Aufnahme gefunden. Der Erwerb des vermachten Gegenstandes durch den Vermächtnisnehmer erfolgt also erst, wenn der Belastete seiner Verpflichtung nachkommt durch ein Geschäft unter Lebenden. Aber dies kommt doch nur inbetracht für den Zeitpunkt, nicht aber für den materiellen Rechtsgrund des Erwerbs. Demgemäss zählt auch das BGB. in § 1369 den Erwerb durch Vermächtnis zu den Erwerbsarten mortis causa. Nun enthält aber das Gesetz keine positive Vorschrift für diesen Fall, da § 27 HGB. nur von der Fortführung des Handelsgeschäfts durch den E r b e n spricht. Es dürfte demnach der analogen Anwendung

3) BGB. § 1939.
4) BGB. § 2174.

des § 25 auf den Erwerb eines Handelsgeschäfts infolge eines Vermächtnisses kein Bedenken entgegenstehen.[5]

Was den Erwerb durch Erbteilung betrifft, so fällt dieser, wie auch die Denkschrift[6] betont, unter § 25. Denn zunächst hat der Teilerbe nur einen ideellen Teil der Erbschaft. Dass er gerade das Geschäft erhält, ist die Folge der Erbteilung. Demnach liegt Erwerb inter vivos vor.

Es muss natürlich ein rechtsgültiger Erwerb vorliegen. Ist der Erwerbsakt nichtig, so tritt die Haftung trotz erfolgter Fortführung nicht ein. Wird er mit Berechtigung angefochten, so gilt dasselbe, da die Anfechtung bewirkt, dass das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist.[7]

2) Es wird sodann weiter gefordert, dass der Erwerber das Geschäft „unter der bisherigen Firma „mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolge„verhältnis andeutenden Zusatzes“ fortführt.

Es genügt also die blosse Tatsache, dass das Geschäft unter der bisherigen Firma fortgegefürt wird. Ob der Gebrauch der Firma mit der ausdrüklichen Einwilligung des Veräusserers erfolgt — nur dann ist er rechtmässig[8] — oder nicht, kommt nicht in Betracht. Dies geht besonders daraus hervor, dass in Satz 2 des § 25 ausdrücklich hervorgehoben ist, dass der Übergang der Forderungen

5) cf. Goldmann, zu § 25 Anm. 1 I a β.
6) S. 36.
7) BGB. § 142 Abs. 1.
8) Ebenso Cohn in Gruchots Beitr. 6. Folge 1898 S. 52.
9) HGB. § 122.

nur dann als erfolgt anzusehen ist, wenn der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben. „Der Erwerber kann „durch eine unrechtmässige Firmenfortführung wohl „seine Pflichten vermehren, nicht aber seine Rechte.“ [10]

Eine Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma liegt vor, wenn der Erwerber unter Benutzung der Firma irgend eine Handlung vornimmt, durch die der Geschäftsbetrieb tatsächlich fortgesetzt und die Absicht des Inhabers betätigt wird, das Geschäft dauernd fortzuführen.

Die Haftung des Erwerbers tritt auch dann ein, wenn der Firma ein das Nachfolgeverhältnis andeutender Zusatz beigefügt wird. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Kaufmann Karl Meier ein Geschäft erwirbt, das bisher unter der Firma „Hermann Wenzel“ geführt wurde und dieses jetzt unter der Firma „Hermann Wenzel Nachfolger“ fortführt. Nimmt er aber seinen bürgerlichen Namen in die Firma auf und fügt die frühere Firma hinzu, z. B. „Karl Meier, vormals Hermann Wenzel“, so wird man nicht sagen können, die alte Firma habe nur einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz erhalten, sei aber sonst dieselbe geblieben [11] Der Hauptbestandteil der jetzigen Firma, das Firmencorpus, ist vielmehr der bürgerliche Name des Erwerbers, das andere ist nur Zusatz Es tritt also keine Haftung auf Grund des § 25 Abs. 1 ein.

10) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts S. 71.
11) a. A. Staub § 22 Anm. 8.

Zweifel können sich ergeben, wenn der bürgerliche Name des Eerwerbers mit dem in der bisherigen Firma geführten übereinstimmt. Hier ist es quaestio facti, ob im konkreten Falle eine Fortführung der bisherigen Firma vorliegt oder nicht. Im Zweifel wird man m. E. das letztere annehmen müssen. Ohne Bedenken aber wird man eine Änderung der Firma dann annehmen können, wenn der Erwerber seinen Namen anders schreibt und die Firma in veränderter Orthographie fortführt. Der Zusatz „junior" dürfte nicht als ein das Nachfolgeverhältnis andeutender Zusatz, sondern als eine die Person des neuen Inhabers von der früheren unterscheidende Bezeichnung aufzufassen sein. Das Gleiche gilt, wenn der Sohn das Geschäft seines Vaters übernimmt und der bisherigen Firma, den Zusazt „Sohn" hinzufügt.

Erwirbt ein Kaufmann das Geschäft einer Aktien gesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, so darf er die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" bezw. „Kommanditgesellschaft auf Aktien", die in der bisherigen Firma kraft zwingender Rechtsvorschrift enthalten sein musste,[12] nicht fortführen.[13] Eine ausdrückliche Bestimmung dieses Inhalts enthält das Gesetz allerdings nicht. Es bestimmt nur, dass wenn eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien ein Handelsgeschäft erwerben, sie die Bezeichnung der Gesellschaftsform auch dann in ihrer Firma führen müssen, wenn sie das Recht

12) HGB. § 20.
13) Düringer und Hohenburg § 22 III.

haben, die bisherige Firma des übernommenen Geschäfts fortzuführen.[14] Daraus ist zu schliessen, dass das Gesetz in Ansehung dieser Bezeichnung keine Durchbrechung des Prinzips der Firmenwahrheit zulassen will. Es muss demnach Entsprechendes in dem umgekehrten Falle gelten, wenn ein Kaufmann das Geschäft einer solchen Gesellschaft übernimmt. Ist nun die neue Firma mit der alten identisch, wenn der Erwerber die genannte Bezeichnung fortlässt, im Übrigen aber die bisherige Firma beibehält? M. E. ist diese Frage zu bejahen. Das Firmenkorpus bleibt dasselbe; dass ein Firmenzusatz wegfällt, ist ebensowenig von Belang wie die Hinzufügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes.

Bestritten ist die Frage, ob die in § 25,1 an die Veräusserung eines Handelsgeschäftes und die Fortführung der bisherigen Firma hinsichtlich der Haftung des Erwerbers geknüpfte Rechtsfolge auch dann eintritt, wenn der Veräusserer ein Minderkaufmann und demnach zur Führung einer Firma gar nicht berechtigt ist, oder wenn die bisherige Firma nicht ins Handelsregister eingetragen war. Staub[15] will diese Frage allgemein bejahen. Er begründet seine Ansicht damit, dass derjenige, der sich im Rechtsverkehr als Kaufmann bezw. als Vollkaufmann geriere, auch als solcher behandelt werden müsse. In solcher Allgemeinheit scheint mir dieser Satz nicht richtig. Es wird vielmehr in jedem Einzelfall zu untersuchen

14) HGB. § 22 Abs. 1 Satz 2.
15) Exkurs zu § 5.

sein, ob Treu und Glauben erfordern, dass derjenige, welcher sich als Kaufmann geriert, diese seine angemasste Kaufmannsqualität gegen sich gelten lassen muss. Insbesondere hebt das Gesetz einzelne Fälle hervor, wo dies geschehen soll. So bestimmt § 5: „Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, „so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die „Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, „dass das unter der Firma betriebene Gewerbe „kein Handelsgewerbe sei oder dass es zu den im „§ 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre." Hieraus ein so allgemeines Prinzip zu folgern, wie Staub es tut[16], scheint mir verfehlt. Denn was nach § 5 als Folge der Eintragung im Handelsregister eintritt — hierdurch wird dem Handelsregister öffentlicher Glaube beigelegt — kann doch auch nicht schon dann gelten, wenn keine Eintragung vorliegt. Sonst wäre ja die Vorschrift des § 5 überflüssig. Nun ist ja allerdings nicht zu leugnen, dass § 25 Satz 1 auch ein starkes pönales Moment enthält, insofern als auch der Erwerber, welcher die bisherige Firma unberechtigterweise fortführt, für die Geschäftsschulden haftet, aber trotzdem dürfte die Ansicht, dass dies auch in solchen Fällen so sein soll, wo die Voraussetzungen des § 25 nur scheinbar gegeben sind, zu weit gehen.

Es sind demnach die Fälle im Einzelnen zu prüfen.

a) Ein Minderkaufmann veräussert sein Geschäft. Der Erwerber führt es unter seiner bisherigen „Firma"

16) Ebenda.

fort, mag diese sog. „Firma" nun der bürgerliche Name des Veräusserers sein oder nicht.

Hier ist die erste der beiden Voraussetzungen, durch die die Haftung bedingt ist, vorhanden, der Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Lebenden; nicht aber auch die zweite. Denn wenn der Erwerber das Geschäft unter der sog. „Firma" fortführt, so ist der Tatbestand des Gesetzes nicht erfüllt, da diese angebliche Firma eben keine Firma ist im Sinne des Gesetzes. Ein „Minderkaufmann kann keine Firma haben.[17] Die Übertragung seiner sog. „Firma" ist deshalb nichtig. Nun kann der Erwerber durch Ordnungsstrafen angehalten werden, sich des Gebrauchs seiner „Firma" für die Zukunft zu enthalten:[18] sonstige, insbesondere zivilrechtliche Nachteile treffen ihn aber nicht, es sei denn, dass er durch den Gebrauch des betreffenden Namens etwa das Recht eines Dritten verletzt. § 25 ist nicht anwendbar.

b) Anders, wenn die Firma des Minderkaufmanns bisher, der Vorschrift des § 4 entgegen, im Handelsregister eingetragen war oder durch den jetzigen Geschäftsinhaber eingetragen wird. Jetzt kann sich der Erwerber nicht darauf berufen, dass das Geschäft ein minderkaufmännisches sei.[19] Das Gleiche gilt, wenn der Gewerbebetrieb überhaupt kein Handelsgewerbe im Sinne des Gesetzes ist, fälschlich aber eine Firma für denselben eingetragen wurde.

---

17) HGB. § 4.
18) HGB. § 37.
19) HGB. § 5.

c) Jemand erwirbt einen Gewerbebetrieb, der eine der im § 1 Abs. 2 Ziffer 1—9 bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat und über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, und führt ihn unter der früheren Firma, die nicht eingetragen war, weiter.

Hier haftet der Erwerber, da die Voraussetzungen des § 25 erfüllt sind. Denn einmal liegt der Erwerb eines Handelsgeschäfts vor, da der gewerbemässige Betrieb von Grundhandelsgeschäften ipso iure Kaufmannseigenschaft verleiht, ohne dass es einer Eintragung bedarf. Sodann ist aber auch deshalb eine wirkliche Firma vorhanden.

d) Jemand erwirbt ein gewerbliches Unternehmen, das zwar keine Grundhandelsgeschäfte zum Gegenstande hat, aber nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und führt es unter der bisherigen „Firma“ fort, die, entgegen der Vorschrift des § 2 nicht eingetragen war.

Der Gewerbebetrieb ist kein Handelsgewerbe, er wäre es vielmehr erst durch die Eintragung geworden. Sodann ist auch die sog. „Firma“ keine wirkliche Firma. Denn der frühere Inhaber war kein Kaufmann; er hätte die Kaufmannseigenschaft vielmehr erst durch die Eintragung im Handelsregister erworben.[20] Da die Firma der Handelsname des Kaufmanns ist, so ist hier keine Fima vorhanden. Es sind also beide Voraussetzungen des § 25 nicht erfüllt. Die Haftung tritt nicht ein.

20) § 2 HGB. in Verbindung mit § 1 Abs. 1.

Ebenso liegt der Fall bei der Veräusserung eines nicht eingetragenen Betriebes, auf den die Vorschriften des § 3 Abs. 2 Anwendung findet

Die Haftung des Erwerbers tritt unmittelbar mit der Fortführung der Firma ein. Es entsteht nun die Frage, welcher Art der Rechtsgrund dieser Haftung ist? Ist etwa in dem Gebrauch der bisherigen Firma die stillschweigende Willenserklärung des Erwerbers zu erblicken, dass er für die Geschäftsschulden des Veräusserers haften wolle?

Diese Erage ist zu verneinen. Die Haftung beruht nicht auf einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, sondern unmittelbar auf dem Gesetz. Sie tritt ein ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber sie hat übernehmen wollen oder nicht. Die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma qualifiziert sich also als eine nicht rechtsgeschäftliche Rechtshandlung; das sind solche „Handlungen, an „welche Rechtswirkungen sich anschliessen, für deren „Eintritt es nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, „ob dieselben von den Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind.“[21] Im Gegensatz dazu ist ein Rechtsgeschäft „eine Privatwillenserklärung, gerichtet „auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.“[22]

Der praktische Unterschied zeigt sich in folgendem: Läge in der Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma durch den Erwerber

21) Mot. z. BGB. Bd. 1 S. 127.
22) Ebenda Bd. 1 S. 126.

eine stillschweigende Erklärung des Inhalts, dass dieser für die Geschäftsschulden des Veräusserers haften wolle, so müsste er diese Erklärung wegen Irrtums nach § 119 BGB. anfechten können, wenn er die Vorschrift des § 25 HGB. nicht kennt. Denn es läge ein Irrtum über den Inhalt seiner Erklärung vor, und es wird wohl in den meisten Fällen anzunehmen sein, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde; dies hätte aber einer verständigen Würdigung des Falles durchaus entsprochen. Da die Haftung an die blosse Tatsache der Fortführung geknüpft ist, ohne Rücksicht auf den Willen des Erwerbers, so ist der genannte Irrtum belanglos.

Von den Tatbeständen, an welche die Rechtsordnung die Entstehung oder Beendigung subjektiver Rechte als Rechtsfolge anknüpft, hebt das BGB. nur die Rechtsgeschäfte und die unerlaubten Handlungen hervor. Über die nicht rechtsgeschäftlichen erlaubten Handlungen enthält es keine allgemeinen Vorschriften, sondern stellt nur für einzelne von ihnen, z. B. die Begründung eines Wohnsitzes, die Verarbeitung einer Sache, Sonderregeln auf. Es ist also in jedem Falle, wo eine solche Rechtshandlung zu beurteilen ist, zu prüfen, ob der betreffende Tatbestand aus inneren Gründen den unerlaubten Handlungen näher steht oder den Rechtsgeschäften, und dementsprechend sind die allgemeinen Regeln des BGB. über die eine oder die andere Gruppe von Tatbeständen zur analogen Anwendung zu bringen. Es kann kein Zweifel bestehen, dass unser Fall mehr

innere Verwandtschaft mit dem Rechtsgeschäft zeigt, und so wird man dem Erwerber das Recht zugestehen müssen, falls der Gebrauch der bisherigen Firma irrtümlicherweise oder infolge einer Drohung oder Täuschung geschah, diese Handlung unter den im Gesetz enthaltenen Voraussetzungen anzufechten und sich dadurch der Haftung zu entziehen. Ein Irrtum über die durch § 25 HGB. an die Fortführung des Geschäfts unter der alten Firma geknüpfte Rechtsfolge aber kommt, wie schon erwähnt, als blosser Irrtum im Motiv nicht in Betracht.

2.

Liegen nun die besprochenen Voraussetzungen vor, so haftet der Erwerber für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Welche Verbindlichkeiten dahin zu rechnen sind, ist schon oben besprochen worden.

Es fragt sich nun, welcher Art die Haftung des Erwerbers ist. Haftet er etwa für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des bisherigen Inhabers wie ein Bürge?

Diese Frage ist zu verneinen. Dagegen spricht zunächst, dass das Gesetz in den Fällen einer gesetzlichen Bürgschaft ausdrücklich hervorzuheben pflegt, dass der Betreffende „wie ein Bürge" haftet.[23] Sodann aber bietet § 26 HGB. die Möglichkeit, dass der Anspruch des Gläubigers gegen den Veräusserer verjährt, während der gegen den Erwerber noch fortbesteht. Aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft aber ergibt sich, dass der Bürge nie strenger haftet als der Hauptschuldner.

23) cf. BGB. §§ 571 Abs. 2. 1251 Abs. 2.

Der Erwerber tritt also dem Geschäftsgläubiger nicht als Nebenschuldner, sondern als Hauptschuldner gegenüber. Da nun aber auch der Veräusserer weiter haftet, so tritt ein Gesamtschuldverhältnis ein.

Der Erwerber haftet für jede Geschäftsschuld so wie sie in dem Augenblick ist, wo seine Haftung beginnt. Ist die ursprüngliche Schuld etwa durch Verzug oder sonstiges Verschulden des Veräusserers vergrössert worden, so erstreckt sich die Haftung auch auf den Zuwachs. Anders, wenn die Veränderung erst nach dem Eintritt der Haftung erfolgt. Mit diesem Zeitpunkt verzweigt sich nämlich die ursprüngliche Obligation gleichsam in zwei, von denen jede ihr eigenes Schicksal hat. Vergrössert der Veräusserer seine Schuld, so trifft dies nicht auch die des Erwerbers. Nach § 425 BGB. wirken vielmehr Tatsachen, welche das Schuldverhältnis verändern, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten. Hierin zeigt sich ein Unterschied von der Bürgschaft. Denn der Bürge haftet für die Hauptschuld in ihrem jeweiligen Bestand.[24]

Was nun die Einwendungen betrifft, die dem Erwerber gegen die Gläubiger zustehen, so ist es m. E. nicht genau ausgedrückt wenn S t a u b[25] sagt, er könne alle diejenigen geltend machen, welche dem Veräusserer gegenüber den Gläubigern zustehen. Es ist vielmehr auch hier zu unterscheiden zwischen

24) cf. BGB. § 767.

25) Kommentar § 25 Anm. 10. cf. Goldmann § 25 Anm. 1 I 1 b.

den Einwendungen, die der Veräusserer schon hat in dem Zeitpunkt des Eintritts der Haftung und denjenigen, die er erst später erwirbt.

Was die ersteren anlangt, so kann der Erwerber sie ohne weiteres geltend machen. § 417 BGB. bestimmt dies für den Fall der privativen Schuldübernahme, und einer analogen Anwendung dieser Vorschrift auf die kumulative Schuldübernahme steht kein Bedenken entgegen. Ausgenommen sind natürlich die höchstpersönlichen Einreden. Gehört also z. B. zu den Geschäftsschulden auch eine Verbindlichkeit aus einem in gehöriger Form erteilten Schenkungsversprechen, so kann der Erwerber die Erfüllung nicht etwa verweigern, weil dem Veräusserer das beneficium competentiae zusteht.

Anders steht es mit den Enwendungen, die der Veräusserer erst nach dem Eintritt der Haftung des Übernehmers erwirbt. Auf diese kann sich der letztere nur insoweit berufen, als die Vorschriften des BGB. über das Gesamtschuldverhältnis dies bestimmen. Demnach könnte der Erwerber dem Gläubiger die Einwendung entgegensetzen, das Schuldverhältnis sei erloschen durch Erfüllung oder ein Erfüllungssurrogat vonseiten des Veräussers.[26] Einen zwischen dem Veräusserer und dem Gläubiger vereinbarter Erlass kann der Erwerber nur geltend machen, wenn die Vertragschliessenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten.[27] Andere Tatsachen aber wirken nach § 425 BGB. nur für und

26) BGB. § 422 Abs. 1.
27) BGB. § 423.

gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten. Dies gilt insbesondere von der Verjährung, sowie deren Unterbrechung und Hemmung Hierüber wird unten noch zu sprechen sein.

Die dem Veräusserer zustehende Einrede des nicht erfüllten Vertrages wird der Erwerber stets geltend machen können. Denn aus der Natur der Sache ergiebt sich, dass sie schon zur Zeit des Eintritts der Haftung begründet sein musste.

Ebenso verhält es sich mit der exceptio non rite adimpleti contractus. Hat der Veräusserer die ihm angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, und stellt sich später heraus, dass die Leistung eine andere als die geschuldete, oder dass sie unvollständig war, so kann der Erwerber dies auch dann vorschützen, wenn die Leistung nach dem Eintritt seiner Haftung erfolgte. Denn die exceptio non rite adimpleti contractus ist keine Einrede, die im Augenblick der nicht geschuldeten oder unvollständigen Leistung entsteht; sie ist vielmehr ihrer Natur nach nichts anderes als die exceptio non adimpleti contractus, die nur im Augenblicke der Pseudoerfüllung durch die Annahme derselben insofern eine — nicht materielle — Änderung erfährt, als sich die Beweislast umkehrt.[28] Diese Umkehrung der Beweislast trifft nun allerdings auch den Erwerber. Nicht der Gläubiger hat zu beweisen, dass seine Leistung an den früheren Inhaber die geschuldete oder die vollständige war, sondern der Geschäftserwerber muss das Gegenteil beweisen.

28) BGB. § 363.

Eine besondere Betrachtung erfordert die Frage, wann der Erwerber mit einer dem Veräusserer zustehenden Forderung aufrechnen kann. Hat der Veräusserer aufgerechnet, so ist damit die Forderung des Gläubigers, soweit sie von der Gegenforderung des Veräusserers gedeckt wird, erloschen.[29] Auf die von Seiten des Veräusserers geltend gemachte Aufrechnung kann sich daher der Erwerber stets berufen, mag sie vor oder nach dem Eintritt seiner Haftung erfolgt sein.[30] Im Übrigen kann der Erwerber mit einer dem früheren Inhaber zustehenden Forderung nicht aufrechnen.[31] Dies wäre eine Verfügung über ein fremdes Vermögensstück, zu der er kein Recht hat. Ist dagegen die Forderung auf ihn übergegangen, oder gilt sie nach § 25 Abs. 1 Satz 2 des HGB. dem Schuldner gegenüber als auf ihn übergegangen, so kann er die Kompensationseinrede erheben. Dies ist aber nicht statthaft gegenüber einer Forderung, die aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Veräusserers entstanden ist. (BGB. § 393.)

Der Erwerber kann natürlich auch solche Einwendungen erheben, die ihm persönlich gegen den Gläubiger zustehen.

In nicht gerade seltenen Fällen dürfte dem Erwerber die Erfüllung der Verbindlichkeit des früheren Inhabers unmöglich sein. Dies ist besonders dann denkbar, wenn der Anspruch des Gläubigers

29) BGB. § 389.
30) BGB. § 422 Abs. 1.
31) BGB. § 417 Abs. 1 Satz 2 § 422 Abs. 2.

auf Leistung eines individuell bestimmten Gegenstandes geht, der nicht auf den Erwerber übertragen worden ist. Das Unvermögen des Erwerbers zur Leistung beruht hier auf einem Umstande, den er nicht zu vertreten hat. Er wird also von der Verpflichtung zur Leistung frei.[32]

Aus dem Rechtsverhältnis zwischen Veräusserer und Erwerber kann der letztere dem Gläubiger keine Einwendungen entgegensetzen.[33]

Wir wenden uns der Frage zu, wann der Anspruch des Gläubigers gegen den Erwerber verjährt. Es wurde schon erwähnt, dass man dem Erwerber nicht allgemein alle Einwendungen des Veräusserers zugestehen kann. Wäre dies der Fall, so müsste ihm auch § 26 HGB. zu statten kommen; die Ansprüche der Geschäftsgläubiger gegen ihn müssten also ebenso wie die gegen den früheren Inhaber spätestens in 5 Jahren nach dem Eintritt der Haftung verjähren. Dies kann unmöglich dem Willen des Gesetzes entsprechen. Auf § 26 soll sich nur der Veräusserer berufen können.

Ist die Forderung des Gläubigers gegen den früheren Inhaber zu der Zeit, da die Haftung des Erwerbers eintrat, schon verjährt, so kann auch der letztere nach § 222 Abs. 1 BGB. die Leistung verweigern. Leistet er aber dennoch, so hat er kein Rückforderungsrecht, auch nicht wenn die

---

32) BGB. § 275 Abs. 2.
33) BGB. § 417 Abs. 2.

Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist.[34]

Vollendet sich die Verjährung des Anspruchs gegen den Veräusserer aber erst nach dem Eintritt der Haftung des Erwerbers, so kann der letztere dieses den Gläubigern gegenüber nicht geltend machen.[35] Zugunsten des Erwerbers läuft vielmehr eine besondere Verjährung.

Man könnte nun meinen, dass diese Verjährung mit dem Eintritt der Haftung beginnen müsse. Denn nach § 189 BGB. beginnt die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs. Es dürfte aber hier § 221 BGB. zur analogen Anwendung kommen:

„Gelangt eine Sache, in Ansehung derer ein „dinglicher Anspruch besteht, durch Rechtsnachfolge „in den Besitz eines Dritten, so kommt die während „des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene „Verjährungszeit dem Rechtsnachfolger zustatten."

Diese Vorschrift findet in unserem Falle direkt Anwendung, wenn der Gläubiger in Ansehung einer Sache, die bei der Veräusserung des Geschäfts mit auf den Erwerber übergegangen ist, einen dinglichen Anspruch geltend macht. In andern Fällen, also insbesondere mit bezug auf persönliche Verbindlichkeiten, dürfte einer analogen Anwendung kein Bedenken entgegenstehen.

Demnach kann sich also der Erwerber eines Handelsgeschäfts den Ansprüchen aus Forderungen gegen den früheren Inhaber gegenüber die bis zum

34) BGB. § 222 Abs. 2.
35) BGB. § 425.

Beginn seiner Haftung verstrichene Verjährungszeit anrechnen. Häufig wird also der Anspruch des Gläubigers gegen den Erwerber gleichzeitig mit dem gegen den Veräusserer verjähren. Dies ist nicht der Fall, wenn der Anspruch gegen den früheren Inhaber auf Grund des § 26 HGB. verjährt, oder wenn die Verjährung gegenüber dem einen der beiden Gesamtschuldner gehemmt oder unterbrochen wird. Denn nach § 425 BGB. wirkt die hemmende oder unterbrechende Tatsache nur gegen denjenigen Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintritt. Mahnt also z. B. der Gläubiger den Veräusserer,[36] so wird die zu dessen Gunsten laufende Verjährungsfrist unterbrochen, nicht aber die zu Gunsten des Erwerbers laufende.

Was die prozessuale Geltendmachung des Anspruchs gegen den Erwerber betrifft, so ergeben sich einige Besonderheiten, wenn der Gläubiger zur Zeit der Veräusserung schon gegen den Veräusserer Klage erhoben oder gar schon ein rechtskräftiges Urteil gegen ihn erstritten hat.

Erfolgt die Veräusserung des Geschäftes während der Dauer des Prozesses, den der Gläubiger gegen den Veräusserer eingeleitet hat, so erlangt das Urteil, welches jener erstreitet, nur Rechtskraft gegen den letzteren. Denn nach § 325 ZPO. „wirkt „das rechtskräftige Urteil nur für und gegen die „Parteien und diejenigen Personen, welche nach dem „Eintritte der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der

36) Durch Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren § 209 Abs. 2 Ziff. 1 BGB.

„Parteien geworden sind". Der Erwerber aber ist nicht Rechtsnachfolger in die Schuld des Veräusserers, sondern er tritt als Gesamtschuldner neben diesen Das gegen den früheren Inhaber erstrittene Urteil kann daher auch nur gegen diesen, nicht auch gegen den Erwerber vollstreckt werden. Um von dem letzteren Befriedigung zu erlangen, muss der Gläubiger Klage gegen ihn erheben. Andererseits wirkt aber auch ein dem Gläubiger ungünstiges Urteil nicht für den Erwerber. Wird dieser vom Gläubiger belangt, so kann er nicht die exceptio rei iudicatae geltend machen.

War dagegen der Anspruch des Gläubigers gegen den früheren Inhaber zur Zeit der Veräusserung des Geschäfts schon rechtskräftig festgestellt, so kann dem Gläubiger auf einfachen Antrag auch gegen den Erwerber eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils erteilt werden, wenn der Übergang des Geschäfts auf diesen und die Fortführung desselben unter der bisherigen Firma bei dem Gerichte offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden kann.[37] Die vollstreckbare Ausfertigung darf aber vom Gerichtsschreiber nicht ohne Weiteres, sondern nur auf Anordnung des Vorsitzenden des Gerichts erteilt werden.[38] „Kann der erforderliche Nachweis durch „öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden „nicht geführt werden, so hat der Gläubiger bei „dem Prozessgericht erster Instanz aus dem Urteil

37) CPO. § 729 Abs. 2 in Verbindung mit § 727.
38) CPO. § 730.

„auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage zu „erheben.“ [39]

3.

Die Haftung des Erwerbers folgt nicht mit Notwendigkeit aus dem Wesen des Geschäfts oder der Firma. Die Vorschrift entspricht vielmehr lediglich einem praktischen Bedürfnis. Daher ist auch dem Erwerber ein Mittel gegeben, sie auszuschliessen.

HGB. 25 Abs. 2 bestimmt:

„Eine abweichende Vereinbarung ist einem „Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das „Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht, „oder von dem Erwerber oder den Veräusserer dem „Dritten mitgeteilt worden ist.“

Vorausgesetzt wird also für den Ausschluss der Haftung:

1. Eine abweichende Vereinbarung zwischen Veräusserer und Erwerber. Eine der Wahrheit widersprechende Mitteilung an den Gläubiger würde die Haftung nicht ausschliessen. Vielmehr ist erforderlich, dass Veräusserer und Erwerber auch eine dieser Mitteilung entsprechende Vereinbarung getroffen haben. Aber nur soweit die Vereinbarung mitgeteilt oder eingetragen ist, hat sie die genannte Wirkung. Haben Veräusserer und Erwerber vereinbart, dass der letztere überhaupt nicht für die Schulden haften soll, während im Handelsregister nur eine Klasse von Schulden als nicht auf den letzteren übergegangen eingetragen ist, so ist die Haftung nur bezüglich dieser im Handelsregister genannten Klasse von Verbindlichkeiten aus-

39) CPO. § 731.

geschlossen. Umgekehrt: wird ins Handelsregister eingetragen, der Erwerber habe die Passiva nicht übernommen, während er nach der Vereinbarung alle oder doch eine Klasse von Verbindlichkeiten übernehmen sollte, so gilt nicht das, was im Handelsregister steht, sondern das, was vereinbart ist. Hierauf können sich die Gläubiger berufen. Denn dass eine abweichende Vereinbarung in Wahrheit getroffen ist, ist ebensogut Voraussetzung des Ausschlusses der Haftung wie die Mitteilung oder Eintragung und Bekanntmachung. Dies geht aus dem Wortlaut des Gesetzes deutlich hervor, wird aber offenbar von Wolff[40] verkannt, wenn er meint: „Gehen dem Gläubiger von dem Erwerber „und dem Veräusserer zwei abweichende Mitteilungen „zu, so gilt die zuerst ankommende, da sie ausreicht, „um den Rechtszustand endgültig festzustellen. „Kommen beide Nachrichten gleichzeitig an, so ist „— insoweit als sie sich widersprechen — nil actum.“ Das ist nicht richtig; es kann vielmehr nur die der Wahrheit entsprechende Mitteilung inbetracht kommen.[41] Das Gleiche gilt, wenn zwischen der Eintragung im Handelsregister und der Mitteilung an die Gläubiger ein Widerspruch besteht. Eine Ausnahme muss dann zugelassen werden, wenn der vereinbarte Ausschluss der Haftung im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht wird, der Erwerber aber, um die Gläubiger zu täuschen, ihnen

40) Goldschmidts Ztschr. Bd. 47 S. 263 Anm. 45.

41) So auch Goldmann. § 25 S. 109. Düringer-Hachenburg I S. 118.

mitteilt, er habe die Passiva übernommen. In diesem Falle haftet er auf Grund dieser Erklärung, denn hier ist § 25 Abs. 3 analog anzuwenden. Sein entgegenstehender Wille kommt nach § 116 BGB. nicht inbetracht.

2. Die Vereinbarung muss ins Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht, oder den Gläubigern vom Veräusserer oder Erwerber mitgeteilt werden. Es fragt sich nun, wann dies geschehen muss; Staub[42] meint, gleichzeitig mit der Fortführung des Geschäfts, macht aber dann sofort Einschränkungen: „Man dürfe den Begriff der Gleich-„zeitigkeit nicht zu eng auffassen; denn der Begriff „der Fortführung der Firma sei ein flüssiger. Ja, „eine korrekte Eintragung des Firmenübergangs „setze den Beginn der Geschäftsfortführung sogar vor-„aus." Diese Ausführungen sind zutreffend; nur wird man dann korrekter sagen, die Eintragung oder Mitteilung muss nicht gleichzeitig mit dem der Fortführung des Geschäfts erfolgen — denn der Begriff der Gleichzeitigkeit ist ein absoluter; er lässt sich nicht eng und weit auslegen — sondern unverzüglich,[43] d. h. ohne schuldhaftes Zögern nach Beginn der Geschäftsfortführung, also nachdem der Erwerber seine Absicht, das Geschäft unter der bisherigen Firma fortzuführen, betätigt hat.

Es ist entweder Eintragung und Bekanntmachung oder Mitteilung der abweichenden Vereinbarung erforderlich:

42) Kommentar § 25 Anm. 17.
43) So Goldmann § 25 Anm. 2 I 2 a.

a) Mit der neben der Eintragung im Handelsregister geforderten Bekanntmachung ist die im § 10 HGB. für alle Eintragungen vorgeschriebene Bekanntmachung durch das Registergericht im deutschen Reichsanzeiger und mindestens einem andern Blatt gemeint. Die Bekanntmachung gilt als erfolgt mit dem Ablaufe des Tages, an welchem das letzte der sie enthaltenden Blätter erschienen ist.

Auf diesem Wege kann nun die Haftung des Erwerbers für alle Schulden oder nur für einzelne Arten derselben ausgeschlossen werden. Jedenfalls aber müssen im letzteren Falle Eintragung und Bekanntmachung so deutlich gefasst sein, dass jeder Gläubiger daraus entnehmen kann, ob der Erwerber ihm gegenüber haftet oder nicht. Auch wenn nur einzelne Verbindlichkeiten vom Übergang auf den Erwerber ausgeschlossen sein sollen, wird eine dahin gehende Vereinbarung durch Eintragung ins Handelsregister den Gläubigern gegenüber wirksam.[44] Allerdings wird man dem Registerrichter die Befugnis zugestehen müssen, die Eintragung längerer detaillierter Aufzählungen als dem Zwecke des Registers widersprechend zurückzuweisen; steht doch auch dem Erwerber immer noch ein anderer Weg offen, um die Haftung auszuschliessen. Ist aber die Eintragung und Bekanntmachung erfolgt, so hat sie die im § 25 Abs. 2 ausgesprochene Wirkung und nicht etwa wie Cohn[45] will, nur die Bedeutung eines „Warnungssignals".

44) a. A. Cohn Gruchots Beiträge 6. folgende 2 Jahrg. S. 53.
45) Ebenda.

Es wird behauptet, der Gläubiger könne sich auf § 15 Abs. 2 berufen, wenn er den Ausschluss der Haftung weder kannte noch kennen musste. Nun gestehen allerdings die Vertreter dieser Ansicht dem Gläubiger in diesem Falle nicht das Recht zu, den Erwerber in Anspruch zu nehmen. Denn wenn § 15 Abs. 2 sagt, dass ein Dritter die eingetragene und bekannt gemachte Tatsache, die er ohne seine Schuld nicht kennt, nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, so heisst dies, dass er durch seine unverschuldete Unkenntnis keinen Schaden erleiden soll; daraus folgt aber noch nicht, dass er aus seiner Unkenntnis positive Vorteile ziehen kann. Demgemäss will Wolff[46] die Anwendung der betreffenden Vorschrift nur insoweit zulassen „als „die entschuldbare Unkenntnis das Verhalten des „Gläubigers beeinflusste". So solle er, wenn er mit seiner Klage gegen den Erwerber abgewiesen worden sei, einen Anspruch auf Erstattung der ihm erwachsenen Prozesskosten haben.

Auch diese Auffassung scheint mir nicht richtig. M. E. sind vielmehr mit Makower[47] unter den im § 15 genannten „einzutragenden Tatsachen" nur solche zu verstehen, in Ansehung derer eine Pflicht zur Eintragung besteht, nicht aber auch solche, die lediglich eingetragen werden können. Das ergibt schon die grammatische Interpretation des Gesetzes. Eine Stütze erhält diese Ansicht in dem Umstande, dass dadurch ein Druck auf den Kaufmann aus-

46) a. a. O. 262.
47) Zu § 15 HGB.

geübt wird, Tatsachen, welche er einzutragen verpflichtet ist, auch eintragen zu lassen. Die bekämpfte Ansicht führt ferner in mancher Hinsicht zu Ergebnissen, die nicht zu billigen sind. Man denke sich, der Erwerber wähle nicht die Eintragung, um seine Haftung auszuschliessen, sondern die Mitteilung an die Gläubiger. Infolge grober Nachlässigkeit liest einer von diesen die ihm zugegangene Mitteilung überhaupt nicht. Die Folge ist, dass der Erwerber ihm haftet. Denn ihm kann der Ausschluss der Haftung, da er nicht eingetragen und bekanntgemacht, ihm auch sonst nicht bekannt geworden ist, nicht entgegengesetzt werden. Dass seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht, kommt für § 15 Abs. 1 nicht inbetracht. Demnach würde also ein im Gesetz angeführtes Mittel, die Haftung auszuschliessen, paralysiert.

Der Gläubiger kann sich auf § 15 Abs. 2 also nicht berufen, auch nicht, um die Kosten für einen in gutem Glauben gegen den Erwerber angestrengten Prozess ersetzt zu erhalten. Es ist auch nicht einzusehen, warum der Erwerber den Schaden tragen soll, der dem Gläubiger aus seiner, wenngleich unverschuldeten, Unkenntnis erwächst: casus a nullo praestantur.

Übrigens hat, wie Staub[48] mit Recht bemerkt, diese Frage wenig praktische Bedeutung, da es dem Gläubiger in den seltensten Fällen gelingen wird, den ihm obliegenden Nachweis zu bringen, dass seine Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruht.

48) § 25 Anm. 21.

b) Die Vereinbarung erlangt ferner Dritten gegenüber dadurch Wirksamkeit, dass sie diesen von dem Veräusserer oder Erwerber mitgeteilt wird. Diese Mitteilung ist ihrer Natur nach keine Willenserklärung,[49] sondern eine nicht rechtgeschäftsliche Rechtshandlung. Die allgemeinen Regeln über die Willenserklärungen finden also auch keine direkte Anwendung. Inwieweit eine analoge Anwendung statthaft ist, müsste im Einzelnen untersucht werden. So dürfte z. B. § 130 BGB. analog anzuwenden sein. Die Mitteilung wird also in dem Augenblicke wirksam, in welchem sie dem Gläubiger zugeht.

Die Mitteilung muss an jeden Gläubiger geschehen, wenn sie ihm gegenüber wirksam sein soll. Eine allgemeinen Erklärung in öffentlichen Blättern kann nicht genügen.

Der Veräusserer oder der Erwerber müssen die Mitteilung machen. Geben beide widersprechende Anzeigen, so hat die der Wahrheit entsprechende Geltung. Die Mitteilung kann natürlich auch durch einen beliebigen Dritten erfolgen, wenn diesem dazu Vollmacht erteilt ist.

Aus der Mitteilung muss der Gläubiger deutlich ersehen können, dass der Erwerber für seine Schuld nicht haften will.

Ist die abweichende Vereinbarung weder eingetragen und bekannt gemacht noch mitgeteilt worden, so muss derjenige Gläubiger sie dennoch gegen sich gelten lassen, der sie kannte. Wenngleich dieser Fall nicht vom § 15 Abs. 1 getroffen wird, weil es

49) A. A. Goldmann § 25 S. 108.

sich hier nicht um eine einzutragende, d. h. eintragungspflichtige Tatsache handelt, so dürfte dennoch einer analogen Anwendung dieser Vorschrift kein Bedenken entgegenstehen.

Über die Form der Mitteilung bestehen keine Vorschriften. Es wird also jede Mitteilung genügen, auch die mündliche.[50]

B.

Zugleich mit dem Handelsgeschäft kann der Inhaber desselben sein Vermögen ganz oder zu einem Bruchteil auf den Erwerber übertragen. Dann ist die Vorschrift des § 419 BGB. anwendbar:

„Übernimmt jemand durch Vertrag das Ver-
„mögen eines andern, so können dessen Gläubiger,
„unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bis-
„herigen Schuldners, von dem Abschlusse des Ver-
„trages an ihre zu dieser Zeit begründeten Ansprüche
„auch gegen den Übernehmer geltend machen."

Mit dieser Bestimmung erkennt das BGB. den wirtschaftlich bedeutsamen Satz an, dass die Schulden auf dem Vermögen lasten.

1.

Vorausgesetzt ist die Übernahme eines Vermögens durch Vertrag. Nicht das ganze Vermögen braucht übertragen zu werden. Die Vorschrift findet auch Anwendung, wenn der bisherige Eigentümer einzelne Stücke des Vermögens zurückbehält, ja es wird kaum jemals ein Fall vorkommen, wo dies nicht geschieht. Es genügt auch, wenn nur ein Bruchteil eines Vermögens, oder ein Sondergut,

50) Ebenso Goldmann I S. 108.

d. i. ein Güterinbegriff, „welcher zu dem Gesamt-„vermögen einer oder mehrerer Personen gehört, „aber dauernd eine andere rechtliche Behandlung „als die übrigen zu dem oder den nämlichen Gesamt-„vermögen gehörigen Güter erfährt",[51] übertragen wird. Diese Voraussetzung liegt nun nicht schon vor, wenn ein Einzelkaufmann mit seinem Geschäft auch zugleich das zugehörige Geschäftsvermögen überträgt. Denn dieses bildet nur einen Komplex einzelner Gegenstände ohne rechtliche Abgeschlossenheit, kein Sondergut. Das Gegenteil behauptet Hellwig.[52] Dieser will § 419 BGB. in jedem Falle anwenden, wo ein Handelsgeschäft mit dem zugehörigen Vermögen übertragen wird. Die Gründe, welche dagegen sprechen, das Geschäftsvermögen des Einzelkaufmanns als Sondergut aufzufassen, sind im ersten Teil dieser Arbeit besprochen worden.

Eine Vermögensübernahme im Sinne des § 419 BGB. liegt dann vor, wenn eine Aktiengesellschaft ihr Geschäft und Vermögen auf einen Einzelkaufmann oder eine Handelsgesellschaft überträgt. Denn mit dem Vermögen einer Aktiengesellschaft wird eben das ganze Vermögen einer juristischen Person übertragen. Ebenso wird man § 419 anwenden müssen, wenn jemand das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft übernimmt, da dieses als Sondergut anzuerkennen ist.[53] Staub[54] will dies

51) Cosack, Lehrb. d. dtsch. bürg. Rechts S. 143.
52) Verträge auf Leistung von Dritte S. 392.
53) Denkschrift S. 37.
54) § 22 Anm. 12.

für den letzteren Fall bestreiten. „Nicht auf die „selbständige Bedeutung der Vermögensmasse sei „Gewicht gelegt, sondern darauf, dass diese Ver- „mögensmasse das ganze Vermögen einer Person „oder einen Bruchteil bilde.“ Selbst wenn man zugeben will, dass § 419 zunächst nur den Fall treffen will, wo das Vermögen einer Person ganz oder zu einem Bruchteil übernommen wird, so wird man sich doch der analogen Anwendung dieser Vorschrift auf den Fall der Übertragung eines Sondergutes kaum entziehen können.

Aber auch mit der Übertragung des Geschäfts eines Einzelkaufmanns kann der Tatbestand des § 419 BGB. verknüpft sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Inhaber mit seinem Geschäft zugleich sein ganzes Vermögen, Geschäfts- wie Privatvermögen, oder doch einen Bruchteil desselben überträgt. Solche Fälle sind nicht selten. Namentlich wird es häufig vorkommen, dass ein Kaufmann schon zu seinen Lebzeiten Geschäft und Vermögen auf seinen Sohn oder einen sonstigen Verwandten überträgt, für sich nur einzelne Gegenstände zum persönlichen Gebrauch zurückbehält — dass dieser Umstand der Anwendbarkeit des § 419 nicht entgegensteht, wurde schon erwähnt — und sich vielleicht eine jährliche Rente ausbedingt. In solchen Fällen kommt § 419 BGB. zur Anwendung; da aber ein Geschäftserwerb unter Lebenden stattfindet, so ist daneben auch § 25 HGB. zu berücksichtigen. Wie sich dann die Rechtslage des Erwerbers gestaltet, soll im folgenden dargestellt werden.

2.

Der Übernehmer des Vermögens, der mit diesem auch das Geschäft übernimmt, haftet nach § 419 BGB. für alle Schulden des bisherigen Eigentümers, also für die Geschäfts- wie für die Privatverbindlichkeiten. Die Haftung tritt ein mit dem Abschlusse des Übernahmevertrages, wenn auch die Übertragung der einzelnen Vermögensstücke noch nicht erfolgt ist. Es ist dies eine sehr zweckmässige Bestimmung, welche dem Drittgläubigen den schwierigen Beweis der Übertragung des Vermögens erspart.[55] Die Haftung tritt unter allen Umständen ein, sie kann nicht durch Vereinbarung zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden.[57] In dieser Hinsicht ist also die Haftung strenger als die des Firmenerwerbers auf Grund des § 25 Abs. 1 HGB., in einer anderen Richtung ist sie dagegen milder: sie beschränkt sich auf den Bestand des vom Erwerber übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche.[57] Sie ist also in ähnlicher Weise beschränkt wie unter gewissen Voraussetzungen die Haftung der Erben für die Nachlassverbindlichkeiten. Von dem Erben aber unterscheidet sich der Übernehmer eines Vermögens dadurch, dass er nicht Universalsukzessor des bisherigen Eigentümers ist[58]; das Eigentum an den

55) Hellwig a. a. O. S. 392 Anm. 823.
56) § 419 Abs. 3 BGB.
57) § 419 Abs. 2 BGB.
58) Planck, Kommentar zu § 419.

einzelnen Vermögensstücken geht nicht mit dem Abschluss des Übernahmevertrages auf ihn über; dieser begründet vielmehr nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Veräusserer. Die zum Vermögen gehörenden Gegenstände müssen einzeln durch dingliche Rechtsgeschäfte übertragen werden.

„Beruft sich der Übernehmer auf die Be-
„schränkung seiner Haftung, so finden die für die
„Haftung des Erben geltenden Vorschriften der
„§§ 1990, 1991 entsprechende Anwendung.“ [59]

Demnach kann der Übernehmer die Befriedigung eines Gläubigers insoweit verweigern, als das übernommene Vermögen nicht ausreicht.[60] Der Gläubiger braucht also nicht den Nachweis zu führen, dass das Vermögen ausreicht, sondern der Übernehmer muss das Gegenteil im Wege der Einrede geltend machen. Tut er dies, so ist er verpflichtet, das Vermögen herauszugeben, damit der Gläubiger sich daraus im Wege der Zwangsvollstreckung befriedige.[61] Den Rest, den der Gläubiger zu seiner Befriedigung nicht bedarf, muss er zurückgeben.[62] Für die Verwaltung des Vermögens bis zu dem Zeitpunkt, in welchem er die Beschränkung seiner Haftung geltend macht, ist der Übernehmer so verantwortlich, wie wenn er sie für die Gläubiger als deren Beauftragter zu führen gehabt hätte.[63] Er hat also jede Fahrlässigkeit zu vertreten und ist verpflichtet, über

59) BGB. § 419 Abs. 2 Satz 2.
60) BGB. § 1990 Abs. 1 Satz 1.
61) BGB. § 1990 Abs. 1 Satz 2.
62) Schollmeyer, Kommentar § 419 Anm. 3.
63) BGB. § 1991, 1978.

die Verwaltung Rechenschaft abzulegen.[64] Andererseits sind ihm auch die für die Verwaltung des Vermögens gemachten Aufwendungen zu ersetzen, soweit er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte.[65] Hat der Übernehmer eine auf dem Vermögen lastende Verbindlichkeit berichtigt, so müssen die Gläubiger dies als für Rechnung des Vermögens erfolgt gelten lassen, wenn er den Umständen nach annehmen durfte, dass das Vermögen zur Berichtigung aller auf ihm lastenden Verbindlichkeiten ausreiche.[66] Das Gleiche gilt, wenn der Übernehmer zur Befriedigung eines Gläubigers rechtskräftig verurteilt worden ist,[67] d. h. auch diese Verurteilung müssen die anderen Gläubiger als für Rechnung des Vermögens erfolgt gelten lassen, wenn der Übernehmer den Umständen nach annehmen durfte, dass das Vermögen zur Berichtigung aller Verbindlichkeiten ausreichen würde. Andernfalls hätte der Erwerber die Beschränkung seiner Haftung einredeweise geltend machen müssen.[68] Hat er dies nicht getan, so kann er bei der Herausgabe des Vermögens den Betrag, auf welchen seine Verurteilung lautet, nicht in Abzug bringen.[69] Endlich gelten, wenn der Erwerber das übernommene Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung herausgibt, die durch Ver-

64) BGB. § 666.
65) BGB. § 1991, 1978, 670.
66) BGB. § 1991, 1979.
67) BGB. § 1991 Abs. 3.
68) cf. RO. § 780.
69) Schollmeyer a. a. O. § 419 Anm. 3.

einigung von Recht und Verbindlichkeit erloschenen Rechtsverhältnisse nicht auch im Verhältnis zu den Gläubigern als erloschen.[70] Der Übernehmer kann also für die Forderungen, welche er vor Übernahme des Vermögens gegen den bisherigen Eigentümer hatte, Befriedigung aus dem Vermögen neben den andern Gläubigern verlangen.

Neben dem Übernehmer bleibt natürlich auch der frühere Schuldner den Gläubigern weiterhin verhaftet. Es liegt hier also ein kumulativer Schuldübergang vor, ebenso wie im Falle der Fortführung eines unter Lebenden erworbenen Geschäfts unter der bisherigen Firma. Die Haftung des Übernehmers gestaltet sich also ebenso wie im Falle des § 25 Abs. 1 des HGB., nur mit der Abweichung, dass sie sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens beschränkt.

Wenn jemand das ganze Vermögen eines anderen und mit diesem auch das Handelsgeschäft desselben übernimmt, so wird er das letztere wohl in den meisten Fällen unter der bisherigen Firma fortführen. Dann kommt natürlich neben BGB. § 419 auch HGB. § 25 Abs. 1, 2 zur Anwendung. Demnach haftet der Erwerber in diesem Falle den Geschäftsgläubigern des bisherigen Inhabers unbeschränkt, den Privatgläubigern dagegen nur mit dem übernommenen Vermögen. Wird eine Vereinbarung zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber, wonach die Haftung des letzteren ausgeschlossen sein soll, entsprechend der Vorschrift

70) BGB. § 1991 Abs. 2.

des § 25 Abs. 2 HGB. ins Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Veräusserer oder dem Erwerber den Gläubigern mitgeteilt, so hat dies nur die Wirkung, dass auch die Haftung für die Geschäftsschulden auf den Betrag des übernommenen Vermögens beschränkt wird. Einem gänzlichen Ausschluss der Haftung steht § 419 Abs. 3 BGB. entgegen.

Führt der Erwerber das Geschäft nicht unter der bisherigen Firma fort, so haftet er für alle Schulden des Veräusserers nur mit dem übernommenen Vermögen. Macht er aber den Übergang der Geschäftsschulden in handelsüblicher Weise bekannt, so haftet er für diese unbeschränkt.

Was die prozessuale Durchführung der Ansprüche der Gläubiger gegen den Übernehmer anlangt, so gilt hierfür dasselbe wie im Falle des Abs. 1 § 25 des HGB. Erfolgt die Übernahme, während der Prozess zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Eigentümer schwebt, so wirkt das Urteil weder für noch gegen den Übernehmer. Eine Ausnahme findet nur statt, wenn das Urteil über einen dinglichen Anspruch des Gläubigers in Ansehung einer mit dem Vermögen auf den Erwerber desselben übergegangenen Sache entscheidet. Denn bezüglich dieser ist der Übernehmer Rechtsnachfolger des bisherigen Eigentümers kraft Singularsukzession. Das rechtskräftige Urteil wirkt also für und gegen ihn.[71]

71) CPO. § 325.

Ist dagegen die Schuld des bisherigen Eigentümers zur Zeit der Vermögensübernahme schon rechtskräftig festgestellt, so kann der Gläubiger auf einfachen Antrag eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils gegen den Übernehmer erhalten, wenn die Übernahme bei dem Gerichte offenkundig ist, oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird.[72] Ist dieser Nachweis dem Gläubiger unmöglich, so muss er auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage erheben.[73]

II.

„Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der „Erwerber eines Handelsgeschäfts nur, wenn ein „besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, ins- „besondere wenn die Übernahme der Verbindlich- „keiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber „bekannt gemacht worden ist.“ [74]

In diesem Falle tritt also nicht schon kraft Gesetzes eine Haftung des Erwerbers ein, sondern nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt. Unter diesen hebt das Gesetz die handelsübliche Bekanntmachung hervor. Die übrigen noch denkbaren Verpflichtungsgründe sind dem bürgerlichen Recht zu entnehmen. Wir betrachten diese zuerst.

A. 1.

Der Erwerber kann zunächst durch Vertrag mit dem Gläubiger diesem gegenüber die Haftung übernehmen.

72) CPO. § 729, 727.
73) CPO. § 731.
74) HGB. § 25 Abs. 3.

a. Der Erwerber verbürgt sich den Gläubigern oder einzelnen derselben gegenüber für die Geschäftsschulden des Veräusserers. Ist er ein Minderkaufmann, so bedarf seine Bürgschaftserklärung der Schriftform; der Mangel derselben wird geheilt, soweit er die Hauptverbindlichkeit erfüllt.[75] Für die Bürgschaftserklärung eines Vollkaufmanns ist keine Form erforderlich.[76] Die Annahme der Bürgschaftserklärung durch den Gläubiger ist in keinem Fall an eine Form gebunden.

Der Erwerber haftet für die Schulden, für welche er die Bürgschaft übernommen hat, in ihrem jeweiligen Bestand. Wird die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert, so hat er auch hierfür einzustehen. Durch ein Rechtsgeschäft aber, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert. Auch auf die dem Gläubiger von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung erstreckt sich die Haftung.[77]

Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen, auch dann, wenn dieser darauf verzichtet hat.[78] Ist also z. B. die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner verjährt, so kann auch der Bürge die Erfüllung ver-

75) BGB. § 776.
76) HGB. §§ 350, 351.
77) BGB. § 767.
78) BGB. § 768.

weigern. Dies gilt auch dann, wenn die betreffende Einrede höchstpersönlicher Natur ist.[79] So darf der Bürge die Erfüllung eines vom Hauptschuldner erteilten Schenkungsversprechens verweigern, wenn dem Hauptschuldner die Einrede der Bedürftigkeit zusteht. Alle diese Rechtssätze ergeben sich aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft. Sie sind für den Begriff der Bürgschaft so wesentlich, dass wenn z. B. der Bürge auf eine Einrede des Hauptschuldners verzichtet, dadurch der Vertrag den Charakter der Bürgschaft verlieren würde. Es läge dann ein Schuldversprechen vor.[80] Hierdurch unterscheidet sich die Bürgschaft wesentlich von der kumulativen Schuldübernahme.

Solange der Hauptschuldner das der Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anfechten kann, darf der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern.[81] Er darf also nicht etwa das dem Hauptschuldner zustehende Anfechtungsrecht geltend machen. Es steht ihm vielmehr nur eine dilatorische Einrede zu. Das Gleiche gilt, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann.[82]

Ist der Erwerber des Handelsgeschäfts, der die Bürgschaft übernommen hat, ein Minderkaufmann, so kann er die Einrede der Vorausklage geltend machen, d. h. er kann die Befriedigung des Gläubigers

79) BGB. § 768. — Fischer-Henle Anm. 1.
80) Fischer-Henle.
81) § 770 Abs. 1.
82) § 770 Abs. 2.

verweigern, solange nicht dieser eine Zwangsvollstreckung ohne Erfolg gegen den Hauptschuldner versucht hat.[83] Diese Einrede ist in einigen Fällen ausgeschlossen. Insbesondere kann der Bürge auf sie verzichten.[84] Dem Vollkaufmann steht sie überhaupt nicht zu.[85]

Hat der Bürge den Gläubiger befriedigt, so geht die Forderung des letzteren insoweit auf ihn über, es sei denn, dass sich aus dem Rechtsverhältnis mit dem Hauptschuldner etwas anderes ergiebt.[86]

b. Der Erwerber des Handelsgeschäftes verhaftet sich dem Gläubiger als Gesamtschuldner neben dem Veräusserer, es findet also eine kumulative Schuldübernahme statt. Das Rechtsverhältnis ist dasselbe, wie wenn der Erwerber auf Grund der Fortführung der Firma kraft Gesetzes haftet.

c. Der Erwerber übernimmt durch Vertrag mit dem Gläubiger die Schuld des Veräusserers in der Weise, dass er an die Stelle desselben tritt.[87] Der Veräusserer wird von der Schuld befreit, ohne dass es seiner Mitwirkung bei dem Vertrage bedarf Denn der Berechtigte kann auch ohne oder gegen den Willen des Verpflichteten auf ein ihm zustehendes Recht verzichten. Der Erwerber übernimmt die Schuld, so wie sie in dem Zeitpunkte der Über-

---

83) § 771.
84) BGB. § 773.
85) HGB. §§ 349, 351.
86) BGB. § 774.
87) BGB. § 414.

nahme ist. Im Übrigen sind die Wirkungen der privativen Schuldübernahme später zu besprechen. Ist es zweifelhaft, ob eine privative oder eine kumulative Schuldübernahme zwischen Erwerber und Gläubiger vereinbart ist, so muss das letztere angenommen werden.[88]

2.

Die Haftung des Erwerbers kann ferner ihren Rechtsgrund in einem Vertrage zwischen ihm und dem Veräusserer haben.

a. Das BGB. hat die vom RG. vertretene Ansicht festgehalten, dass wenn jemand sich einem andern gegenüber zur Befriedigung von dessen Gläubigern verpflichtet, diese dadurch noch kein unmittelbares Recht gegen den Schuldübernehmer[89] erlangen. Diese sog. Erfüllungsübernahme wirkt nur zwischen den Parteien.

b. Hatten aber die Kontrahenten bei dem Vertragschluss die Absicht, dem Gläubiger ein unmittelbares Recht zuzuwenden – in Zweifel ist allerdings das Gegenteil anzunehmen,[90] — so kann dieser von dem Übernehmer Befriedigung beanspruchen.[91] Der Vertrag zugunsten Dritter hat im BGB. unein-

---

88) Stammler, Das Recht der Schuldverh. in s. Allg. Lehren S. 207.

89) Nach d. Sprachgebrauch d. BGB. liegt hier allerdings keine Schuldübernahme vor. Wirtschaftlich betrachtet kann man auch hier von Schuldübernahme sprechen.

90) BGB. § 329.

91) BGB. § 328.

geschränkte Anerkennung gefunden. Der Veräusserer bleibt natürlich im Falle eines solchen Vertrages neben dem Erwerber des Geschäfts weiter verhaftet. Es findet also keine Singularsukzession in die Schuld statt, sondern es tritt ein Gesamtschuldverhältnis ein. Der Erwerber kann die dem Veräusserer zur Zeit des Vertragsschlusses zustehenden Einwendungen geltend machen. Inwieweit später eintretende Tatsachen für und gegen einen oder beide Gesamtschuldner wirken, richtet sich nach den Regeln über das Gesamtschuldverhältnis.[92] Hierüber ist schon gehandelt worden bei der Erörterung der gesetzlichen Haftung des Firmenerwerbers. In zwei Richtungen unterscheidet sich die Haftung des Erwerbers, die auf einem mit dem Veräusserer geschlossenen Vertrag zugunsten Dritter beruht, von derjenigen, die er durch Vertag mit dem Gläubiger kumulativ übernimmt.

Einmal kann der Erwerber auch aus dem zwischen ihm und dem Veräusserer bestehenden Rechtsverhältnisse dem Gläubiger Einwendungen entgegensetzen.[93] Bei der Schuldübernahme als einem abstrakten Vertrage ist dies nicht zulässig.

Sodann kann im Zweifel nicht nur der Gläubiger den Erwerber in Anspruch nehmen, sondern auch der Veräusserer von dem letzteren die Leistung an den Gläubiger beanspruchen.[94]

---

92) BGB. §§ 422 ff.

93) BGB. 334 ff.

94) BGB. 335.

c. Wie in vielen andern Punkten, so hat das BGB. auch in der heiss umstrittenen Frage der Passivsukzession in Obligationen die moderne Rechtsentwickelung zum Abschluss gebracht. Das Gesetz anerkennt die Sondernachfolge in die Schuld.

Der Fall, dass die privative Schuldübernahme zwischen dem Erwerber des Geschäfts und dem Gläubiger vereinbart wird, wurde schon erwähnt. Hier ist noch die zwischen Veräusserer und Erwerber vereinbarte privative Schuldüdernahme zu betrachten. Über diese — sagen wir mit Regelsberger[95] „zweigliedrige" — Schuldübernahme sind die verschiedensten Theorien aufgestellt worden, die wir an anderer Stelle bereits kennen gelernt haben. Das BGB. hat sich der herrschenden Meinung angeschlossen. Es sieht in dem Übernahmevertrag zwischen Schuldner und Übernehmer eine dingliche Verfügung über „das Gut eines andern seitens eines „nichtberechtigten Dritten, einen Dispositionsakt über „ein fremdes Vermögensstück."[96] Der zwischen Veräusserer und Erwerber geschlossene Schuldübernahmevertrag hat zunächst nur Wirkungen zwischen den Kontrahenten. Der Erwerber ist dem Veräusserer gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen.[97] Das Gleiche gilt, wenn das eigentliche Ziel der Parteien, die Singularsukzession in die Schuld, nicht erreicht wird, weil der Gläubiger die

95) Jherings Jahrb. Bd. 39 S. 468.
96) Motive Bd. 2 S. 143.
97) BGB. § 415 Abs. 3.

Genehmigung verweigert. Im Zweifel enthält der Vertrag also immer eine Erfüllungsübernahme.

Die Wirksamkeit des Vertrages als privative Schuldübernahme hängt davon ab, dass der Gläubiger ihn genehmigt. Erst wenn dies geschieht, wird der Veräusserer von seiner Verbindlichkeit frei, der Erwerber tritt an seiner Stelle dem Gläubiger als alleiniger Schuldner gegenüber. Und zwar gilt nun die Schuldübernahme als in dem Zeitpunkt erfolgt, wo der Vertrag geschlossen wurde. Denn die Genehmigung wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück.[98]

Mit dem Vertrage zwischen Veräusserer und Erwerber erlangt der Gläubiger noch kein Recht gegen diesen, selbst wenn er bereit ist, auf seine Forderung gegen den ersteren zu verzichten. Seine Genehmigung hat vielmehr nur dann rechtliche Bedeutung, wenn sie erfolgt auf eine ihm von einem der Kontrahenten zugehende Mitteilung von dem Vertrage.[99] Diese Mitteilung ist nun nicht etwa eine Vertragsofferte, die der Gläubiger durch seine Genehmigung akzeptiert. Das BGB. steht nicht auf dem Boden der sog. Kollektivoffertentheorie, die von den Motiven ausdrücklich zurückgewiesen wird. Die Mitteilung ist überhaupt keine Willenserklärung, sondern eine nicht rechtsgeschäftliche Rechtshandlung. Die Kontrahenten sind an sie nicht gebunden; sie können den Vertrag aufheben oder ändern bis zur

98) BGB. § 184 Abs. 1.

99) BGB. § 415 Abs. 1 Satz 1.

Genehmigung,[100] d. h. bis diese ihnen zugeht.[101] Wäre die Mitteilung eine Vertragsofferte, so hätte ein abändernder oder aufhebender Beschluss der Parteien dem Gläubiger gegenüber nur dann Wirkung, wenn er ihm vor oder gleichzeitig mit der Mitteilung zugegangen wäre.[102]

Wird die Schuldübernahme perfekt, so tritt der Erwerber des Handelsgeschäfts an die Stelle des Veräusserers. Er kann alle Einwendungen desselben geltend machen.[103] Hat der Veräusserer mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufgerechnet, so kann der Erwerber dies geltend machen, da die Schuld erloschen ist. Selbst aber kann er nicht mit einer dem Veräusserer zustehenden Forderung aufrechnen, es sei denn, dass sie ihm cediert ist.

Aus dem Rechtsverhältnis mit dem Veräusserer kann der Erwerber dem Gläubiger gegenüber keine Einwendungen herleiten.[104]

In der Mitteilung an den Gläubiger liegt stets eine Anerkennung der Schuld. Demnach wird die laufende Verjährung unterbrochen, es beginnt eine neue Verjährungsfrist.[105]

Wäre der Grundsatz der Sondernachfolge in die Schuld konsequent durchgeführt, so müssten die für die Schuld des Veräusserers bestellten Bürg-

100) BGB. § 415 Abs. 1 Satz 3.
101) BGB. § 130 Abs. 1 Satz 1.
102) BGB. § 130 Abs. 1 Satz 2.
103) BGB. § 417 Abs. 1.
104) BGB. § 417 Abs. 2.
105) BGB. § 208, 217.

schaften und Pfandrechte auch nach der Übernahme der Schuld durch den Erwerber bestehen bleiben. Dies wäre aber eine Härte gegen den Bürgen bezw. Pfandgeber. Denn diese haben doch nur im Hinblick auf die Kreditwürdigkeit des Urschuldners Sicherheit geleistet. Demgemäss bestimmt § 418 BGB., dass infolge der Schuldübernahme die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte erlöschen. Bestehen bleiben sie nur, wenn der Bürge oder derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der verhaftete Gegenstand dem Veräusserer oder Erwerber des Geschäfts gehört. Wenn der letztere sich für die Forderung verbürgt hatte, so treffen jetzt Bürge und Hauptschuldner in einer Person zusammen. Die Bürgschaft wird also gegenstandslos.

B.

Die bisher besprochenen Wege, die Haftung des Erwerbers zu begründen, sind umständlich; es müssen viele Verträge mit den Gläubigern geschlossen werden, bezw. muss bei der privativen Schuldübernahme jeder Gläubiger, ausdrücklich oder stillschweigend, seine Genehmigung erteilen. Nur wenn Veräusserer und Erwerber einen Vertrag zugunsten aller Gläubiger schliessen, wird die Haftung des Erwerbers durch einen Rechtsakt begründet. Daneben bietet nun das Handelsrecht noch ein weiteres Mittel, um dieses Ziel zu erreichen, ein Mittel, das insofern praktisch ist, als den Gläubigern der Wille der Erwerbers, ihnen zu

haften, kundgetan wird, was beim Vertrag zugunsten Dritter nicht der Fall ist. „Wird die Firma nicht „fortgeführt so haftet der Erwerber eines Handels-„geschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten, „wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in „handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt „gemacht worden ist".[106]

1.

Voraussetzung der Haftung ist zunächst wie im § 25 Abs. 1 HGB. der rechtsgültige Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Lebenden. Natürlich wird man § 25 Abs. 3 unbedenklich auch im Falle der Fortführung der bisherigen Firma anwenden, wenn der Firmenerwerber seine Haftung ausgeschlossen hat, dann aber seinen Entschluss ändert und die Übernahme der Schulden bekannt macht. Streitig ist die Frage, ob die Vorschrift auch dann anwendbar ist, wenn es sich um das Geschäft eines Minderkaufmanns handelt. Nach § 4 HGB. finden die Vorschriften über die Firmen auf diese keine Anwendung Staub[107] will nun in der in Rede stehenden Bestimmung keine Vorschrift über die „Firma" im Sinne des § 4 sehen. M. E. trifft dies nicht zu. In § 4 dürften doch wohl die Vorschriften, welche der dritte Abschnitt unter der Überschrift „Handelsfirma" enthält, in complexu für Minderkaufleute ausgeschlossen sein. Auch hat sich das vor dem neuen HGB. bestehende Handelsgewohnheitsrecht, welches § 25 Abs. 3 kodiziert, nur für Vollkaufleute gebildet,

106) HGB. § 25 Abs. 3
107) § 25 Anm. 29.

Eine andere Frage ist es, ob die Vorschrift im Falle der Veräusserung eines minderkaufmännischen Geschäfts analog anzuwenden ist. Dies wird nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen sein.

Voraussetzung der Haftung ist ferner die handelsübliche Bekanntmachung der Übernahme der Verbindlichkeiten durch den Erwerber. Die Bekanntmachung durch einen Dritten, insbesondere auch durch den Veräusserer, genügt, selbst wenn sie mit dem Willen des Erwerbers übereinstimmt, nur dann, wenn sie mit der Zustimmung des letzteren erfolgt.

Erforderlich ist die Bekanntmachung der Übernahme der Passiva, die Bekanntmachung des Geschäftsübergangs genügt nicht.

Wann eine Bekanntmachung im handelsüblicher Weise vorliegt, ist nach den in Handelskreisen herrschenden Gebräuchen zu beurteilen. Üblich sind besonders Mitteilung durch Zirkulare, Zeitungsannonzen, Eintragung ins Handelsregister, an manchen Orten auch Anschlag an der Börse. Eine Mitteilung an bestimmte Gläubiger erfüllt den Tatbestand des § 25 Abs. 3 nur dann, wenn sie an eine so erhebliche Anzahl erfolgt, „dass sich aus „diesen Bekanntmachungen auf den Willen des Über„nehmers schliessen lässt, dass die Geschäftsüber„nahme in der gekennzeichneten Art dem Kreise „der Geschäftsgläubiger überhaupt bekannt werde.“[108]

Entsprechend der Ansicht, die das RG. schon früher vertreten hat, ist die Bekanntmachung als

108) RG. Bd. 17 S. 98.

Willenserklärung aufzufassen. Diese einseitige Erklärung verpflichtet unmittelbar.

2.

Die Haftung des Erklärenden ist genau dieselbe wie die des Erwerbers, der auf Grund der Fortführung der bisherigen Firma haftet. Er tritt als Gesamtschuldner neben den Veräusserer; es findet eine kumulative Schuldübernahme statt. Der Erwerber kann die Einwendungen geltend machen, die dem Veräusserer zur Zeit der Übernahme der Haftung zustehen.[109] Inwieweit später eintretende Tatsachen für und gegen einen oder beide Gesamtschuldner wirken, bestimmt sich nach den Vorschriften des BGB. über das Gesamtschuldverhältnis.[110]

Der Rechtsgrund der Haftung ist einzig und allein die in der Bekanntmachung abgegebene Willenserklärung des Erwerbers. Auf das zwischen ihm und dem Veräusserer bestehende Rechtsverhältnis kann sich der Erwerber dem Gläubiger gegenüber nicht berufen.[111] Er haftet also, soweit sich nicht nach den allgemeinen Regeln über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Willenserklärungen ein anderes ergibt, auch für diejenigen Geschäftsverbindlichkeiten, die er gar nicht kannte oder im Verhältnis zum Veräusserer nicht übernommen hat.

Die Bestimmung des § 729 CPO. greift im Falle der auf Bekanntmachung des Passivenübergangs in

109) Kraft analoge Anwendung des § 417 Abs. 1 BGB.
110) BGB. §§ 422—425.
111) BGB. § 417 Abs. 2.

handelsüblicher Weise beruhenden Haftung des Geschäftserwerbers nicht Platz. Der Gläubiger muss also auch dann gegen den letzteren besonders Klage erheben, wenn sein Anspruch gegen den Veräusserer zur Zeit der Übernahme der Haftung schon rechtskräftig festgestellt war.

Ob und inwieweit der Erwerber, wenn er den Gläubiger befriedigt hat, von dem Veräusserer Regress beanspruchen kann, bestimmt sich lediglich nach dem zwischen Erwerber und Veräusserer bestehenden Rechtsverhältnis. Die Vorschrift des § 426 BGB. greift hier nicht Platz.